

あるも之が爲に占有の事實を基礎とする留置権の移轉を當然伴ふべき理なし、故に強いて留置権を讓渡せんとせば占有の移轉なかるべからざるなり、然るに留置物の占有を取得したる債権の讓受人は民法第二九五條の要件を具備することとなりて固有の留置権を有することを妨げず、何を苦んで留置権を讓受けたりと爲すの必要あらんや、占有権の移轉あらば留置権は原始的に取得することとなるなりと主張し(註四)、或は(二)包括承繼の場合其他民事訴訟法第六〇〇條が規定する轉付命令及民法第四二二條が規定する代位に因りて債権が移轉せらるる場合に於ては留置権の隨伴性を認め得るも、特定承繼の場合に於ては留置権は當然隨伴性のみならず移轉性を有せざるものと爲し(註五)、或は(三)留置権の移轉性は全體に於て之を否認すべきものとし場合を別ちて考察せざるべからずと爲す、即ち留置権は物の占有を其成立の要件とする所の權利なるを以て留置権を移轉するには物の占有を移轉することを要し占有を移轉せずして留置権を移轉することは法律上不可能なりとす、又留置権は他人の物の占有を繼續するを以て其内容とし留置権者が其物を返還するの義務に服従することを豫想す、唯留置権者が其物に關して生じたる債権を有するときは留置権者が其權利の存する限り其返還義務の履行を拒むことを得るに過ぎず、而して其返還義務は相手方に對する債權關係に基因することあり又は物權關係に基因することあり、而して此返還義務が適法に第三者に移轉し得る場合には之と共に留置権も亦當然第三者に移轉するも然らざる場合には留置権を移轉し得ずと爲すなり(註六)。

(註一) 山下氏擔保物權四五頁、富井氏原論二卷三一二頁、松岡氏物權六七八頁、中村氏日本民法二九九頁。

(註二) 同趣旨山下氏擔保物權四五頁。

岩田氏は單に留置権のみを讓渡することは從屬性に反し又債権の移轉は占有を要素とする留置権を當然には伴ふこと

を得ず、然れども債権の讓渡と共に物の占有を移轉することによりて留置権を讓渡することは之を否定すべき理由なし、と主張せられ(同氏物權一二〇頁)、中島氏亦、債権の讓渡は第四六六條以下の一般の規定により債務者其他の第三者に對抗するには讓渡の通知又は承諾を必要とす、而して之と同時に留置物の占有を讓渡人に與ふるを要す、と主張せらる(同氏釋義二卷五九七頁)。

(註三) 相續の場合に在りては相續人は被相續人の地位を承繼し被相續人と同一視せらるべきものなるを以て、相續は相續の開始と共に當然被相續人の債権及該債権を擔保する留置権を物の占有と共に承繼するも、債権と共にする留置権の讓渡の場合に在りては留置物の占有を讓受人に與ふることを要す。

(註四) 遊佐氏論物權二二二頁。

(註五) 三浦氏擔保物權一〇一頁以下(其論據の要旨は(一)留置権は質權及抵當權と異なり常に法定の原因のみより當然生ずるものなり、故に意思表示により移轉することを得ず、第五一八條が更改の當事者の合意を以てしても留置権先取特權の如きは之を新債務に移すことを許さずして唯之を質權及抵當權のみに限りたる點を見るも其讓渡性を認めざるの證左なり、(二)留置権者は競賣法の規定に依りて目的物の競賣を請求し得べしと雖其代金の上に優先辨濟を受くることを得ざるものにして民法上は質權及抵當權と異なり、唯目的物を占有し辨濟あれば現物を返還することを以て主眼とするものなり、故に溢りに此占有を他人に移して此現物返還の義務を免れ又は少くとも之を危ふすることを得ざるものと解すべし、(三)留置権の如き特別の要件の下に法律上發生したる權利にして而も債務者の承諾なくしては目的物を擔保に供することを許さざるものに在りて(二九八條二項)之を主たる債権と共に任意に移轉することを認むるものと爲すには必ずや質權に關する第三四八條の如き讓渡人の責任を規定する所なかるべからず、否更に之よりも重き責任を規定するの必要あるべし、然るに此點に關して何等規定する所なきを見れば移轉を認めざるものと解する

を得べし、(四)質權に在りては目的物の占有は其權利の成立要件なりと雖存続要件には非ず、然るに留置權に在りては目的物の占有は權利の成立要件たると同時に其存続要件にして一度占有を失ふときは留置權は之に因りて當然消滅に歸すべきものとす(三〇二條)、此點より推すも亦留置權は任意に移轉せらるべき性質ありや否を疑はざるを得ず、(五)第二九八條は一般に留置權者に對して善良なる管理者の注意を以て留置物を保管すべきことを命ず、是れ蓋し留置權の主たる效力は目的物の換價に在らずして唯之を留置して辨濟を促すの手段たらしむるに存するが故なり、而して若し斯の如く法律が留置權者の特別の地位に信頼して此權利を認めたるものなりとせば法律は濫りに此權利を他人に移轉し目的物の占有をも引渡すことを欲せざるものと解するを得べく留置權の成立條件として目的物と債權との牽連を要する點も亦全然之と没交渉に非ざるべしと云ふに在り。

(註六) 横田氏擔保物權の移轉性を論ず新報三〇卷五號六七頁以下。

同氏の所説に依れば、留置權者が他人に對し債權的返還義務に服従するとき例へば甲が一の器械を乙に賃貸して乙は金五圓を支出して其修繕を爲したる場合に乙は甲より其費用五圓の辨濟を受くる迄は其返還義務を履行せずして其器械を抑留することを得べし、此場合に於て乙は其債權を丙に譲渡し其器械を丙に引渡して留置權を移轉することを得ず、蓋し乙が賃借人として有する器械の返還義務は終始同一にして毫も變更を受くることなく此義務は留置權の發生に因り消滅することなく履行即ち器械の返還に因りて始めて消滅すべきものとす、之に反し例へば乙は甲の承諾を経て器械の賃借權を丙に譲渡し之を丙に引渡すと同時に修繕費の債權を丙に譲渡したるとき即ち留置權者の返還義務が適法に第三者に移轉したる場合には丙は其債權に付き其器械に對し乙の地位を承繼するものにして留置權も亦丙に移轉すべし、然れども假令乙が甲の承諾を得たりとするも其賃借せる器械を丙に轉貸して之を引渡し修繕費償還請求の債權をも丙に譲渡したりとするも此場合は前の場合と異なり賃借人の返還義務が轉借人に移轉したるに非ず、又其占

有は賃借人の占有の繼續に非ずして轉借人は別に新に返還義務を負擔し新に別種の占有を開始したるものに外ならざれば留置權は丙に移轉することなし、留置權者が物權を有する者の回復請求に對し返還義務を負擔する場合に於ても亦右と同一の原則を適用すべく、留置權者の返還義務が適法に第三者に移轉したるときは留置權は債權と共に第三者に移轉し得べしと雖、其他の場合に於ては留置權移轉の效果を生ぜざるのみならず、第三者は留置權者より承繼したる債權に付き目的物を留置することを得ざるものとす、と云ふに在り。

先取特權の附從性

3 先取特權の附從性

是れ亦狹義のものに屬し先取特權の發生、存続、移轉及消滅に關す(註)。

尙先取特權の隨伴性に關しては移轉性の項の説明參照。

(註) 同趣旨中島氏釋義二卷六四二頁。

質權の附從性

4 質權の附從性

質權も亦通常狹義の附從性を有するものなれども、質權は之を一定の債權より分離し或制限の下に單獨に處分することを得るものなるを以て(三四八條)(註一)、此點に於ては即ち完全なる狹義の附從性を有するものと云ふことを得ざるなり(註二)。尤も此點は第三四八條轉質の性質に關する學説の如何に依り其結論を異にす。轉質の性質に關しては別に之を説明すべしと雖、右學説中轉質は質權と共に其擔保する債權を質入するものなりとの説を採るときは質權の狹義に於ける附從性と一致し何等例外を認むるの要なきに反し、質權を他の債權擔保の爲め讓渡するものと爲すときは此點に於て狹義の附從性に對する例外を爲すに至るものとす。

質權の附從性又は從屬性は一般學者の認むる所なるも、或は此附從性に關して異論を唱へ、通説の所謂從屬性

論なるものは寧ろ羅馬法以來の沿革的理由に捕はれたるものなるが如しと爲し、質權を以て債權に從屬性のものとするか獨立性のものとするかは一に質權を設定する當事者の自由意思に依りて決せらるべきものと解すべしと爲す説あり(註三)(註四)。

(註一) 同趣旨富井氏原論二卷二九六頁二九九頁。

(註二) 中島氏は、質權は觀念上債權が存在するに非ざれば存在するを得ず、債權が消滅すれば消滅に歸せざるを得ず、之を質權の從屬性の意義と爲す、然れども質權は之を一定の債權より分離して他の債權に移して擔保と爲すを得ざるに非ず、從屬性の意義は此點には及ばざるものとす、と説明せられ(同氏釋義二卷七七六頁)、飯島氏は、質權は債權に從たる物權なれば債權と共にするに非ざれば之を讓渡することを得ざるは言を俟たず、乍併實際に於ては轉質を爲すことを許すことが便宜多きのみならず從來の慣習亦之を認めたるが故に民法は理論に拘らず一定の條件の下に轉質を爲すことを許したり、と説明せらる(同氏要論四三二頁)。

川名氏は、民法に於て將來生ずることある債權に付きて現在擔保を設定することを許すことを思へば(二九條一九九條八〇三條)停止條件附債權其他未來の債權を擔保する爲め現在に於て質權を設定することを妨げざるものと爲し、質權が債權に從たるの意味は質權は債權の發生すること能はざる場合に質權は成立することを得ず又或債權を擔保する質權は其債權と共に運命を共にする(消滅と共に消滅する)ことを常性とすることを云ふに外ならずと主張せられ、尙質權の所謂隨伴性に付き質權は其擔保する債權と離るべからざるものなるが故に其擔保する債權の移轉に伴ひ當然移轉するものと考ふ、債權讓渡の場合に於て特に當事者が其質權を讓渡す契約を爲すことを要せず、然し反對の契約を爲すときは質權は移轉せずして消滅すべし又其債權の讓渡なくして只其之を擔保する質權のみを讓渡すことを得ざるも當然なり、と主張せらる(同氏物權二一三頁以下)。

(註三) 遊佐氏概論物權三三二頁。同氏は、當事者が或特定の債權のみを擔保せしむる爲めにも質權を設定することを得べく、又或は給付の種類數量日時場所其他の條項のみを指定して夫等の條項を具へたる債權は何れのものたるを問はず擔保せらるることを得べき質權をも設定することを得べきに非ざるか、前者は通説の所謂從屬性の質權なれども後者は純然たる獨立性の質權なり、と主張せらる。

(註四) 川名氏は、質權が其擔保する債權に伴ふて移轉する場合に於ては法律の規定に因りて質權の移轉を生ず、此場合に於ては質權者は質物の所持を有せず、然し舊質權者を代理人として質物を占有するものと見ることを得べし、質權者は移轉したる質權を有するが故に其質權に基きて其所持を自己に與ふべきことを請求することを得べし、舊質權者は新質權者の爲に其質物を所持するものと見るの外なきが故なり、と主張せらる(同氏物權二一六頁)。

抵當權の附從性 5 抵當權の附從性

抵當權も亦狹義の附從性を有するを原則とすれども、質權と同様抵當權を一定の債權より分離し或制限の下に單獨に處分することを得るものなるを以て(三七五條)(註一)、此點に於ては則ち完全なる狹義の附從性を有するものと云ふことを得ざるは質權の場合と同一なりとす(註二)。

(註一) 同趣旨富井氏原論二卷二九六頁二九九頁、結果同趣旨飯島氏要論四五二頁(同氏は、抵當權は債權に從たる物權なれば債權と共にするに非ざれば之を處分することを得ざるを原則とす、然れども抵當權の實質を變ぜず又債務者若は他の債權者に不利益を與へざるに於ては特に抵當權のみの處分を許すも不可なしとす、是れ民法が明文を以て第三七五條第一項所定の如き處分を爲すことを認めたる所以なり、とせらる)。

(註二) 中島氏は、抵當權の從屬性の意義は(一)被擔保債權が存在するに非ざれば抵當權發生することを得ず即ち債權の存

在が抵當權發生の前提を成す、(二)被擔保債權が消滅するときは其原因の如何を問はず抵當權は消滅す、(三)被擔保債權を處分するときは原則として抵當權も亦其處分に從ふものとするに在り、(四)然しながら從屬性は特定の被擔保債權より抵當權を分離して他の債權の擔保となすことを禁ずるもの非ず、是れ第三七五條以下に規定する所なり、と説明せらる(同氏釋義二卷一〇二頁)。

遊佐氏は抵當權の附從性に關しては質權の場合と同一に論ぜらる(同氏概論物權四一六頁)。

岡松氏は、抵當が從たる權利なることは抵當は必ず或權利に附着することを要すとの結果を生ずるに止まり一旦一定の債權に附着せる以上は再び轉じて他の債權に附着せしむることを得ざるの結果を來すものに非ず、と主張せらる(同氏理由物權五一五頁)。

6 主たる債務の移轉と擔保物權との關係

債務の移轉が相續其他法律の規定に基く場合に於ては、債務の移轉は當事者の意思に關せずして生ずるものなるを以て、此債務の移轉に因りて債權者に損害を被らしむべきものに非ざるに依り、擔保權は尙存續するものと解すべきも(註一)、契約に因る債務の移轉即ち所謂債務引受に因る債務移轉の場合に於ては之を區別して觀察し、(一)第三者が物上擔保例へば質權、抵當權を設定したる場合に於ては此等の擔保は第三者の同意なき限り引受人の債務に隨伴せず(註二)、又(二)債務者の供したる物上擔保も亦特に擔保が存續することを定めざる限り移轉することなしと雖(註三)、法律の規定に因りて生じたる物上擔保例へば留置權及先取特權は債務の引受と共に引受人に移轉したる債務に隨伴するものと解すべし(註四)。蓋し第三者が他人の爲に物上擔保を供するは通常其他人に對する信用に基くものなるを以て、引受後に於ても尙此等の擔保が存續するものとせば此等

主たる債務の移轉と擔保物權との關係

第三者をして其豫期に反し損害を被らしむることあるべく、引受は契約の效果に過ぎざるを以て之に因りて第三者に不利益なる結果を生ぜしむべきものに非ず(註五)。又債務者が擔保を供したる場合に於ては、債務者は自己の債務の爲に擔保を供するの意思を有するも、引受人の爲に擔保を供するの意思ありしものと爲すことを得ず。反之法律の規定に因りて生じたる物上擔保は法律の規定に基き當然發生するものにして擔保者の意思に關する所なきを以てなり(註六)。

- (註一) 同趣旨石坂氏日本民法一三五頁。
- (註二) 同趣旨石坂氏日本民法一三四頁以下、同氏大綱二三四頁、同氏債務引受論法協三〇卷九二八頁、鳩山氏債總三八五頁、大谷氏債總四二〇頁、岡村氏債總二八一頁、孫孫子氏債權二〇九頁、磯谷氏債總六七五頁、中村氏日本民法四〇一頁、中島(弘)氏通論五七三頁、東氏債總一六一頁。
- (註三) 同趣旨石坂氏日本民法一三四頁、三浦氏債權四八九頁、大谷氏債總四二〇頁、中村氏日本民法四〇一頁。
- (註四) 同趣旨石坂氏日本民法一三四頁、同氏債務引受論法協三〇卷九三五頁、大谷氏債總四二〇頁、三浦氏債權四八九頁。
- (註五) 獨逸普通法に於ては債務者の供せる擔保は債務の引受到り消滅せずと爲すを通過とし、瑞西債務法(一七八條二項)も亦同一趣旨の規定を設くるも、獨逸民法(四一八條一項)は債務者の供せる擔保も第三者の供せる擔保と同じく債務の引受到り消滅するものと爲せり。我民法の解釋としても亦獨逸普通法の通説及瑞西債務法と同一に解する學說あり。即ち擔保權は存續するものと爲すなり(鳩山氏債總三八五頁、橫田氏債權債務の移轉を論ず新報三一卷七號五二頁、石坂氏債務引受論法協三〇卷九三一頁)、中島(弘)氏通論五七三頁、岡村氏債總二八二頁、勝本氏債總概說三五五頁、磯谷氏債總六七六頁、中村氏日本民法四〇一頁、東氏債總一六一頁。

物權的請求權の附從性

四 物權的請求權の附從性

(註六) 物上擔保の供與者が引受人と爲りたる場合に於ては、其者は引受後に於ても尙擔保の存續することを承認したるものと認め得べきを以て、此場合に於ては右の擔保は債務の引受に因りて消滅せざるものと解することを得べし(同趣旨鳩山氏債總三八五頁、横田氏前掲新報三一巻七號五二頁、磯谷氏債總六七六頁、中村氏日本民法四〇一頁)。

物權的請求權は常に其基本たる物權其他の絶對權に隨伴し之と共に其運命を共にすべきものにして、從て基本たる權利の存續する限り存續し、其基本たる權利消滅すれば右請求權も消滅すべく、基本たる權利より分離獨立して移轉し又は此請求權のみ消滅時効に因りて消滅することなし(註七)。是れ即ち物權的請求權の附從性又は從屬性なり。尤も此點に付ては異説ありて、或は物權的請求權の單獨移轉性を認め、或は單獨に消滅時効の物體と爲り得るものと爲すなり。此等異説に付ては夫夫權利の移轉性及消滅時効の説明に譲る。

(註七) 同趣旨畔道氏要論一卷一〇八頁、小池氏物權二二頁。

菅原氏も亦、物權的請求權の成立には行使せらるべき物權其他の絶對權の存在することを必要とす、物權其他の絶對權が成立せず、又は消滅したるときは此請求權を認むるを得ず、物權的請求權は物權其他の絶對權の行使を確保するが爲め認めらるる獨立の權利にして性質上物權其他の絶對權に從屬し之と離るべからざる關係にあるものなり、從て物權其他の絶對權と分離して之を他人に讓渡するを得ず、と主張せらる(同氏民法論一卷一〇八頁)。

五 保證債權(債務)の附從性

保證債權債務の目的は主たる債權債務を擔保することに存するものにして自存の目的を有せず。從て保證債權債務は主たる債權債務に附從す。此附從性の結果として保證債權債務の存在は主たる債權債務の存在に伴ひ、

保證債權(債務)の附從性

主たる債權債務が発生せざるか又は消滅するときは保證債權債務も亦發生せざるか又は消滅するに至るべく、又保證債權は主たる債權と離れて他人に移轉することを得ず、主たる債權の移轉は保證債權の移轉を伴ふものとす(註一)。又保證債權債務の目的たる給付は主たる債權債務の目的たる給付と同種類なることを要し、主たる債權債務と獨立に其目的たる給付を定むることを得ず。從て又保證債權債務の目的たる給付は主たる債權債務の目的たる給付の變更に伴ひて變更すべく、保證債務の範圍は主たる債務の範圍より重きことを得ず、從て又保證債權は主たる債權より強大なることを得ず。

附從性は保證債權債務の觀念には缺くべからざるものにして、保證債權は完全なる狹義の附從性を有するものとす。唯茲に一言すべきは主たる債務の移轉と保證債務との關係なり。主たる債務が移轉したるときは保證債務は主たる債務の承繼人の爲め尙存續するや否の問題是れなり。此問題は保證債務に限らず擔保物權に付ても生ずるものにして既に擔保物權に付き述べたる所と同一の結論に到着すべきものなるを以て、其説明を参照せらるべし。要するに債務の移轉が相續其他法律の規定に基く場合に於ては債務の移轉は當事者の意思に關せずして生ずるものなるを以て保證債務は尙存續するものと解すべきも(註二)、契約に因る債務の移轉即ち所謂債務引受に因る債務移轉の場合に於ては保證人の同意なき限り保證債務は消滅するものと解すべし(註三)。蓋し第三者が他人の爲に保證人と爲るは通常其他人に對する信用に基くものなるを以て、引受後に於ても尙保證債務が存續するものとせば此第三者をして其豫期に反し損害を被らしむることあるべく、引受は契約の效果に過ぎざるを以て之に因りて第三者に不利益なる結果を生ぜしむべきものに非ざるを以てなり(註四)。

(註一) 此點に付ては異説なきに非ず。池田氏は、保證が主たる債務と運命を共にするとは多くの場合に於て主たる債務に

付き生じたる法律上の効果が保証債務に及ぶを云ふものにして(例へば主たる債務の不成立取消消滅の場合に於て保証債務も亦同様の結果を受けるが如き保証債務の體様は主たる債務より重からざるが如き)凡ての場合に於て爾るものに非ず、故に獨逸民法第四〇一條の如く法律の規定を以て質權抵當權並保證人に對する權利が譲渡されたる債權と共に新債權者に移轉すと定めたる場合は格別、是等の規定なき我民法に於ては當然の移轉を認むることを得ず、立法上の策としては獨逸民法の如き制度を執るを便利とせんも規定なき場合の解釋としては權利の本質に依り之を決するの外なかるべく、而も主従の關係を以て之が論據とするに足らずとする以上は保證の移轉に固有なる別個の原因あることを要すと云はざるべからず、主たる債權が意思表示に因り譲渡せらるる場合に於ては保證も亦意思表示に依り譲渡せらるるを要す、若し主たる權利の譲渡ありて保證の譲渡なきときは保證は消滅す、と主張せらる(同氏保證附債權の譲渡に付て新報一六卷一二號一八頁以下)。

岡松氏は、保證人は主たる債務者の債務を履行するの債務を負ふものにして従たる債務を負ふものたることは明なるも而も主たる債務と保證債務とは別異の債務にして獨立の存在を有す、従て主たる債務の譲渡と保證債務の譲渡とは別異の譲渡なり、然るに我法典に於ては從物は主物の處分に從ふ旨の規定あるも(八七條二項)主たる債務と共に保證債務も亦讓受人に移轉すべき法律の規定なし(獨民四〇一條には此規定あり)、故に主たる債務の譲渡は亦保證債務の譲渡を包含するとするも保證債務は尙主たる債務の譲渡の契約の中に包含せらるる默示の譲渡の契約に因り譲渡せらるるものとせざる可からず、と主張せられ(同氏判例批評京法一卷大審院判例要旨彙報七九頁)、曄道氏は主たる債權の譲渡に伴ふ保證債權の移轉は法律上當然の移轉に非ずして保證債權譲渡の意思表示の効果なりと主張せらる(同氏主たる債權譲渡通知の保證人に對する效力京法一三卷八〇頁以下)。

(註二) 同題旨石坂氏日本民法一三五頁。

(註三) 同題旨大正一一年三月一日大判民集一卷八〇頁、石坂氏債務引受論法協三〇卷九二八頁、同氏日本民法一三四四頁、鳩山氏債總三八五頁、横田氏債權債務の移轉を論ず新報三〇卷七號五二頁、大谷氏債總四二〇頁、三浦氏債權四八九頁、岡村氏債總二八一頁、磯谷氏債總六七五頁、中島(弘)氏通論五七四頁。

(註四) 保證人が引受人と爲りたる場合に於ては其者は引受後に於ても尙擔保の存續することを承認したるものと認め得べきを以て此場合に於ては右の擔保は債務の引受到りて消滅せざるものと解することを得べきこと曩に物上擔保の供與者が引受人と爲りたる場合に付き述べたと同様なり(同題旨大正一一年三月一日大判民集一卷八〇頁)。

利息債權豫
定額賠償請
求權等の附
從性

六利息債權豫定額賠償請求權又は違約金請求權等の附從性

利息債權豫定額賠償請求權又は違約金請求權等の附從性に關しては主たる權利と從たる債權との關係の項に於て既に説明したるを以て茲に之を再說せず(本書一卷五九五頁參照)。要するに利息債權は狹義の附從性を有すれども、既に辨濟期と爲れる利息債權は元本債權消滅するも爾後利息の發生を停むるに止まり其存在を失ふことなく尙存續するものにして、從て又當事者が反對の意思を有せる場合の外元本債權の處分に伴ふことなく、又之を主たる債權より分離して譲渡することを得るものなるを以て廣義の附從性を有するものとす。

茲に利息債權、違約金請求權等の附從性に關聯して債務の方面より觀察し利息債權、違約金債務等の附從性に付き一言すべし。利息債務は元本債務に從たる債務にして其發生存續は元本債務の存在を前提とし元本債務の消滅に從ひ消滅すれども、元本債務が移轉したる場合に於て利息債務も亦移轉すべきや。此點に付ては主たる債務の移轉が相續等法律上の移轉なる場合に於ては固より從たる利息債務も亦之に隨伴して移轉すること勿論なりと雖、主たる債務が契約上の移轉即ち債務の引受到り移轉したる場合に於て尙利息債務は引受人に移轉

するやに付ては多少の異論なきに非ず。然れども通説は利息債務は債務の引受に因り引受人に移轉するも既に
辨濟期と爲れる利息債務は當事者が反對の意思を有せる場合の外元本債務の引受に因り引受人に移轉すること
なしと爲すなり(註一)。豫定額賠償債務又は違約金債務に付ても亦右利息債務に付き述べたると同一に解すべ
きも(註二)、既に債務不履行の爲め豫定額賠償債務又は違約金債務が発生したる後に在りても豫定額又は違約
金が不履行に對して約せられ履行に代はるべきものなる場合に在りては本債務の移轉に隨伴するものと解すべ
きものとす(註三)。

(註一) 石坂氏日本民法一三四三頁、同氏債務引受論法協三〇卷九二六頁。

(註二) 同趣旨大谷氏債總四一九頁。

(註三) 同趣旨石坂氏日本民法一三四四頁(同氏前掲論文法協三〇卷九二六頁に於ては違約金債務は本債務に從て引受人に
移轉すべく唯既に債務不履行の爲に違約金請求が発生せる後に在りては獨立するが故に移轉せざるものと解すべしと
主張せらる)。

第四項 專屬性

意義

一 專屬性の意義

專屬性とは權利が權利者其人にのみ專屬し他人に讓渡し又は相續することを得ざることを云ふと爲すを通説と
す。此意味に於ては專屬性は不可讓性(Unabtreubarkeit)と同意義なり。然れども或は之を廣義に解し專屬性
は右不可讓性の外債務が第三者の辨濟を許し得るや否債務者は辨濟の爲め代理人又は補助者を使用し得るや否

等債務者其人の行爲を必要とするや否の性質をも包含するものと爲し(註一)、或は債權關係と其主體との關係
は(一)債權者を變更する能はざるもの(四六六條一項但書九六三條九八六條但書一〇〇一條但書並に民事訴訟法六一八
條に掲げたる差押ふることを得ざる債權)(二)債務者を變更する能はざるもの(九八六條但書一〇〇一條但書等の債權)、
(三)債權者並に債務者を變更する能はざるもの(八六三條に規定したる扶養の權利義務)、(四)第三者の辨濟を許さ
ざるもの(四七四條但書)、(五)第三者の行使を許さざるもの(四二三條但書)の五種に分つことを得べく、此等を
總て專屬權の觀念中に包含せしむることが正當なりや否は未定なれども、此等は債權と其主體との關係に於て
通常の債權と同一に非ざるを以て從來の專屬性の觀念に背馳すとの非難は免れ難きも之を一括して研究の對象
となすは必ずしも不可ならずと爲し廣義に之を解せんとするの學說あり(註二)。我民法に於ても屢々「一身ニ
專屬スル權利」なる語を使用すれども、其「一身ニ專屬スル」なる語の意義必ずしも右に所謂不可讓性のみを
指稱するものに非ずして、或は權利行使の權能が權利者に專屬し法律上權利者以外の者が代はりて行使するこ
とを許されざる場合をも包含するものなること既に述べたるが如し(本書二卷三五四頁參照)。

(註一) Lehmann, Unterlassungspflicht S. 193.

(註二) 中島氏不作爲の債權京法一三卷五〇四頁。

專屬性の種類

二 專屬性の種類

專屬性は之を絶對的專屬性及相對的專屬性に區別することを得べし。前者は絶對に移轉することを得ざること
を云ひ、後者は相續に因る以外の移轉を許さざるか又は債務者の承諾等一定の要件具はらざれば移轉すること
を許さざるを云ふ。人身權の如きは絶對的專屬性を有する權利にして、使用借人賃借人又は使用者の債權(五九

四條二項六一二條一項六二五條二項)、華族世襲財産又は國寶の所有權等の如きは相對的專屬性を有する權利に屬するなり(註)。

(註) 正當防衛權なる形成權は其性質上一定の事情の發生せる場合に於て現に此事情に直面しつつある主體に專屬し決して此主體と分離することを得ざるものなるを以て絕對的專屬權に屬す(同趣旨富田氏民法上刑法上正當防衛論京法一卷收錄卒業論文一三頁)。

第五項 移 轉 性

意義

一 移轉性の意義

移轉性 (Veräußerlichkeit) とは權利が權利者より分離して他人に移轉し得ることを云ふ。

權利は移轉し得るを原則とす。其移轉し能はざるは權利の性質又は公益其他權利關係の外部に存する理由に依るものなり。人身權は其性質上移轉性を有するを原則とし、財産權は其性質上移轉性あるを原則とす。

占有權と移轉性

二 占有權と移轉性

占有權に移轉性ありや否の問題は占有權が繼受取得の目的と爲り得るやの點に關す。此問題に付ては學者間に議論の存する所にして或は占有權は財産權なるを以て當然移轉性を有すと爲す學者尠しとせずと雖(註一)、占有權は現實に占有の成立せることの基礎の上に成立するものにして占有なる事實の存在なくしては認め得ざる權利なるを以て、占有權に移轉性ありや占有權の承繼を許すや否は其基本たる占有に移轉性ありや占有の承繼を許すや否に依りて決定さるべきものと云はざるべからず。從て占有權が物權にして財産權なるが故に當然移

轉性ありと云ふは正當に非ず(註二)。然らば占有に移轉性ありや占有の承繼を許すや否、或は占有は權利に非ず事實なり、事實の承繼は理論上之を認むることを得ず、從て又占有權には移轉性なしと爲し(註三)、余も亦曩に此說に従ひたるも(註四)、現今多數の學者は孰れも占有の承繼を是認し占有權の移轉性を認む(註五)。余も亦今は此說に従はんと欲す。即ち法律上に於て占有とは社會觀念上に於ける物の事實上の支配なり。此物の事實上の支配は又社會觀念上其同一性を失はずして其支配者を變更し得るものと解すべく、從て占有なる事實には移轉性あるものと云はざるべからず。既に占有に移轉性あり其承繼を認め得べしとせば、此占有を基本として成立する占有權も亦之と共に承繼し得べく、占有權に移轉性あること亦勿論なりと云はざるべからず(註六)(註七)。既に占有權に移轉性あり占有權の承繼を認め得べしとせば、占有權が相續の目的と爲り得ることを認め得べきは當然なりとす(註八)。尤も隱居に因る相續開始の場合に於て隱居者が其相續開始後も依然として占有を繼續するときは占有權は相續人に移轉することなきは勿論なり(註九)。

我民法は第一八二條に於て占有權讓渡の規定を設け居るを以て占有權の移轉性を認むるものなること明なりとす(註一〇)。但我民法に於ける占有には所持の外自己の爲にする意思を必要とするを以て、占有權の基本たる占有の移轉するには所持の移轉の外に自己の爲にする意思の移轉を必要とするやの疑問を生ず。然れども此意思は占有成立の要件にして存續の要件に非ずと解するを正當とするを以て(註一一)、此意思の移轉を問題とする必要なきものと云はざるべからず。尤も所持の移轉を受け占有權を承繼したる者が同時に自己の爲にする意思を有するときは茲に承繼人は一面前主の占有權を承繼すると同時に他の一面に於て新に物に對する支配的地位を獲得し自己固有の占有權を取得するに至るものと云ふことを得べし(註一二)。

(註一) 三浦氏物權二六九頁、牧野氏要綱一八二頁、富井氏原論二卷六六頁。

飯島氏は我民法が占有權を物權なりとしたる以上は別段の規定なき限り占有權の繼受取得を認むべきことは一般の原則なりと主張せられ(同氏要論三一〇頁)、岡松氏の所説亦之と同趣旨なり(同氏原理物權四四頁)。

(註二) 同趣旨山下氏物權二一六頁以下、同氏物權概要四八頁。

(註三) 川名氏明治三十九年度東京帝國法科大學講義。

(註四) 拙著民法要論(物權)五一頁。

(註五) 小池氏物權七九頁、山下氏物權二一六頁以下、同氏物權概要四八頁、我妻氏物權三一七頁、中島氏釋義二卷一二六頁。末弘氏占有權の相續總論先生還曆祝賀論文集九七〇頁以下、森山氏物權四八頁。

隣道氏は占有なる事實(占有意思と物の所持)の移轉は之を思考することを得ざるも尙物權たる占有權が移轉し得と思考することを妨げず占有權に移轉性あることは我國法の明に認むる所なり(一八二條乃至一八四條一八七條)と主張せらる(同氏相續と占有權の移轉京法二二卷一七二頁)。

(註六) 同趣旨中島氏釋義二卷一二六頁、山下氏物權二一七頁以下、小池氏物權七九頁、末弘氏物權二三五頁以下、同氏前掲論文前掲論文集一〇〇三頁以下及九七〇頁以下。

(註七) 石田氏は、近世法が占有權の承繼を認めたることは所持を基礎とし所持の繼續を要件とせる占有權にとりては重要な特例例外なり、占有權の承繼を認むることは固有の占有權の性質と矛盾するものを生ぜしむ、然し又羅馬法の如く占有を事實とせず占有權なる一個の獨立せる權利を認むる以上、法律取引上其承繼を認めざるを得ざるべし、生活の實際が占有改定指圖による引渡を必要とする以上論理のみ固守することを得ず、理論の後には必ず例外を生ず、而して法律は例外より進化す、兎に角現行法が占有權の承繼を認め居ることは否定することを得ざる事實なり、現行法

を基礎とする占有論に於ては擬制論を採らざる限り之を特例なりと構成し例外的地位に押しやる外途なし、と主張せらる(同氏物權二八二頁)。

(註八) 同趣旨三浦氏物權二六九頁、山下氏物權二一九頁。

占有は相續に因りて相續人に承繼せらるべきものなりやに付ては議論の存する所にして、羅馬法及獨逸普通法に於ては占有は本人の死亡に因りて當然消滅に歸すべきものと爲せるに反し、獨逸民法(八五七條)、瑞西民法(五六〇條)、佛蘭西民法(七二四條一〇〇六條)及我舊民法(財産編一九二條)は孰れも占有は相續人に移轉するものと爲せり。我民法には之に關し何等の規定なし。然れども既に述べたる如く占有權の移轉性を認むる説に依れば孰れも占有權の相續を認む(註a)。之に反し占有權の移轉性を認めざる説に依れば或は相續の特殊性に依り占有權の承繼ありたりと同一視せらるるものと爲し、即ち相續人が相續に因りて承繼する所のは民法第九八六條及第一〇〇一條に依り被相續人の有せし權利義務なり、從て權利に非ざる占有自體は相續の目的物と爲らざること明にして占有に伴ひ存する占有權に付き又承繼の生ぜざるは當然なり、然れども我民法上相續の開始に因りて被相續人の權利義務を承繼したる者は被相續人と同一視せらるべきものなるを以て相續人は占有に關しても亦被相續人と同視せらるべきものなる結果、被相續人の占有が相續人に承繼せられ從て占有權も亦承繼せられたると同一に看做さるるの結果を來すものと爲すを正當とす、と爲す(註b)なり。

尙占有權は占有の事實に伴ふものなるを以て前戸主の有せし占有權は家督相續人が自ら占有を爲す場合に於てのみ之を承繼するものと爲す説あり(註c)。

(註a) 相續の場合に在りては相續人は被相續人の地位を承繼し被相續人と同一視せらるべきものなるを以て相續人は相續の開始と共に當然被相續人の所持を承繼することに因りて被相續人の占有權を承繼するものとす(同趣旨横田氏

物權一六八頁、末弘氏占有權の相續積積先生祝賀論文集一〇〇三頁以下、小池氏物權八〇頁、松岡氏物權二五〇頁、末弘氏物權二四〇頁、吉田氏物權五〇頁、中島(弘)氏通論三三四頁。

從て相續人に占有の意思あることを必要とせず相續人が相續開始の事實を知りたる否とは影響なきものとす(同趣旨松岡氏物權二五〇頁、山下氏物權二二二頁)。然れども占有者なりし被相續人が死亡し相續開始したる當時の状況が相續人をして到底實際上の占有者たらしむること能はざる状態に在る場合例へば被相續人が行衛不明の状態に於て死亡したるが如き場合に於ては被相續人が其當時身體に着け居りたる占有物の所持は相續人に承繼せらるものと云ふことを得ず(同趣旨大正四年一月二八日大判民錄二二輯二二九三頁、我妻氏物權法學全集三一卷三五八頁、川名氏前掲講義)。尤も此點に付ては或は權利の移轉其ものと移轉せる權利行使の不能とは別個の問題なりと爲し此場合にも占有權は相續人に移轉するも相續人は實際上其占有權を行使することが不能たるに過ぎずと解する説あり(石田氏物權二九四頁、同氏相續人の占有權論叢二五卷五三頁)。而して叙上の如く相續の場合に於ては當然所持の移轉ありと爲すに反對し、相續人は法律の規定に依り當然被相續人の占有權を承繼するものにして之が爲に占有意思及握取の事實を必要とせず唯被相續人が占有者なりしことを前提とし且其占有の性質を變せずして之を承繼するものとすと爲す説あれども(富井氏原論二卷六六七頁)正當に非ず。石田氏は富井氏の説に贊せらる(同氏物權二九一頁以下)。

(註b) 川名氏東京帝國法科大學明治三九年度講義、拙著民法要論(物權)五五頁。

(註c) 仁井田氏親族相續四三九頁。

(註九) 同趣旨大正四年一月二八日大判民錄二二輯二二九三頁、山下氏物權二二〇頁、同氏物權概要四九頁、末弘氏物權二四一頁、吉田氏物權五〇頁、中島(弘)氏通論三三四頁。

(註一〇) 遊佐氏は、占有權が成立する爲には體素と心素とが具はらざるべからず、而して此兩素が具はらざれば占有權は存續し得ざる理なり、從て純理より謂ふときは占有權は移轉性を有せざるものとす、蓋し各人の實力關係たる體素及各人の意思に基く心素は承繼し得ざるを以てなり、然るに民法は屢占有權の讓渡(一八二條)又は占有者の承繼人(一八七條)と云ふが如き語を用ゆる所よりすれば占有權の移轉性を認めんとするものなること疑なし、故に其結果として占有權の相續の場合には心素も體素も具はらざる占有權の存立を認むることとなる、此れ誠に奇怪なる歸結なれども其責は法律にあり、と主張せらる(同氏概論物權四七六頁)。

川名氏は占有に承繼なく占有權の承繼なしと爲し、我民法第一八二條に於て占有權の讓渡は占有物の引渡によりて之を爲すと定め居れるも這は占有本來の性質に基く推論と相容れざるものなり、故に本條は讓渡と云ふも眞に讓渡ありと云ふことを云ふに非ず、唯讓渡ありと看做さること即ち讓渡あると同等の法律上の取扱を受く可きことを定めたるものと考ふる外なし、と主張せらる(同氏前掲講義)。而して余も亦曩に此説を採りたるも(拙著民法要論(物權)五二頁參照)今は之を改む。

(註一一) 同趣旨山下氏物權二一九頁二四八頁、末弘氏物權二三五頁、我妻氏物權三二二頁。

隣道氏は占有意思の繼續は占有權存續の要件にして占有意思の繼續は民法の擬制する所なりと主張せらる(同氏相續と占有權の移轉(判例批評)京法一二卷一七七六頁)。

(註一二) 同趣旨川名氏物權二九頁、吉田氏物權四七五頁五〇頁。

三地上權及永小作權と移轉性

地上權は相續に因りて取得せられ又法律行爲に因りて之を他人に讓渡することを得るは當然なり。蓋し財産權に相續性及讓渡性あること其性質上當然にして、地上權も亦財産權なる以上此性質を有することは勿論なれば

地上權及永小作權と移轉性

なり。永小作權に付き特に之を他人に讓渡することを得る旨を定めたる規定あるに拘らず(二七二條)地上權に付き其規定なきの故を以て其讓渡性を否定せんとするは其理由なきものと云はざるべからず。民法が地上權を以て抵當權の目的と爲すことを許したるは(三六九條二項)民法が地上權に讓渡性あることを認めたる一根據と爲すことを得べし。

永小作權に相續性及讓渡性あることは地上權と同一なり。民法が地上權に付き讓渡及轉賃等に關する規定を設けざるに拘らず永小作權に付ては第二七二條に「永小作人ハ其權利ヲ他人ニ讓渡シ又ハ其權利ノ存續期間内ニ於テ耕作若クハ牧畜ノ爲メ土地ヲ賃貸スルコトヲ得但設定行爲ヲ以テ之ヲ禁シタルトキハ此限ニ在ラス」と規定したるは主として設定行爲を以て讓渡又は賃貸を禁ずることを得る旨の但書の規定を設くる必要上に出でたるに過ぎず(註一)。獨逸民法第一〇一二條、地上權法第一條、瑞西民法第七七九條第二項等に於ては明文を以て地上權に讓渡性及相續性あることを明にすれども是れ固より當然のことに屬す。

地上權及永小作權は叙上の如く相續性及讓渡性を有するも、其存續期間を地上權者又は永小作權者の終身間のみに限りて事實上其相續性を奪ふことは之を妨げざるのみならず、永小作權に付ては設定行爲又は其後の特約に依り其讓渡を禁止し且此禁止特約を登記することに因り(二七二條但書及不動産登記法一二條)該禁止特約をして物權的效力を生ぜしめ即ち此特約は第三者に對しても其效力を及ぼし此特約に反する處分を無効ならしむることを得べく、斯くして其讓渡性を奪ふことを得べし、然れども地上權に在りては永小作權に於けるが如き特別の規定なきを以て其讓渡性は之を奪ふことを得ず。但設定行爲又は其後の特約を以て此地上權の讓渡を禁止したるときは其禁止の特約は債權的の效力あるに過ぎず。即ち該特約は當事者間に於ては有效なるも第三者に

は之を對抗し得ざるものと解すべく(註二)、從て此特約に違反して地上權の讓渡を爲すも其讓渡行爲は有効にして、唯當事者間に契約違反の問題を生ずるに過ぎざるものにして、此意味に於て讓渡性は之を奪ふことを得ざるものと云ふなり。

(註一) 同趣旨富井氏原論二卷一九七頁二〇六頁(同氏は永小作權は永小作人に專屬する權利に非ざることを示す必要あると同條但書を置くが爲めなりと主張せらる)、川名氏物權一四〇頁、山下氏物權五六一頁、岡松氏質疑應答内外五卷五三一頁。

(註二) 同趣旨法曹會決議設定行爲を以て地上權の讓渡を禁じたる場合の登記に關する件記事三一卷七〇七頁、末弘氏物權五〇五頁、明治三四年六月二四日大判民錄七輯六卷六〇頁、中島氏釋義二卷四八五頁、富井氏原論二卷二〇六頁、小池氏物權一八八頁、石田氏物權五四〇頁、岩田氏物權八八頁、三浦氏物權一六四頁、遊佐氏概論物權一四八頁、山下氏物權五六一頁、中島(弘)氏通論二九四頁、三淵氏新講五一八頁、岡松氏地上權の讓渡を禁ずるの契約は無効なりや内外一卷四四八頁、同氏質疑應答内外五卷五三一頁、我妻氏物權二二五頁。

反之明治三十七年六月二四日の大審院判例は唯善意の第三者に對抗するを得ざるに過ぎざるものと爲せり。從て此判例に依れば惡意の第三者に對しては登記なくも對抗し得ることと爲るなり(民錄一〇輯八八〇頁)。

擔保物權と移轉性
留置權と移轉性

四 擔保物權と移轉性

1 留置權と移轉性

留置權は留置權者の一身に專屬する權利に非ざるを以て質權其他の擔保物權と同じく常に主たる債權の移轉に伴ひ當然之に隨伴して主體を變すべき性質を有するものとす(隨伴性)。而して留置權は既に述べたる如く狹義

の附従性を有するものなるを以て主たる債権と離れて留置権のみを獨立して移轉し得ざるは勿論なり。尤も留置権の移轉性は附従性に付ては種種異説あることは既に附従性の項に於て説明したるを以て茲に再説せず。

先取特權と移轉性

2 先取特權と移轉性

先取特權は主たる債権を擔保する爲め之に従として附隨する權利なるを以て其債權より分離して他の債權に移して擔保と爲し又は他人に讓渡することを得ず。然れども債權を擔保する爲めの權利なるを以て其債權と共にする限りは意思表示に依りても之を移轉し得るものと云はざるべからず(註)。尤も留置權及質權と異なり客體を占有することを必要とせざる權利なるを以て其權利の移轉に付き留置權に於けるが如き占有の移轉を要する如き問題を生ぜず。

(註)

同趣旨中島氏釋義二卷六四五頁、山下氏物權九一頁、横田氏擔保物權の移轉性を論ず新報三〇卷五號六五頁以下。之に反し三瀆氏は先取特權に付ては包括承繼の場合を除きて其當然附隨性のみならず一般に移轉性を有するものなりや否を疑ふと主張せらる(同氏擔保物權の移轉性と附隨性法協三一卷一八一五頁)。

質權と移轉性

3 質權と移轉性

質權は留置權其他の擔保物權と同じく主たる債權の移轉に伴ひ之に隨伴して主體を變すべき性質即ち附隨性を有すれども(註一)、尙主たる債權と離れて質權のみをも獨立して移轉し得るや否に付ては議論の存する所なり。此點は民法第三四八條轉質の性質にも關聯する所にして、此轉質の性質に付ては學說岐ると雖、余は右轉質を以て質權の讓渡と爲す説に賛し、從て此點に於て質權には單獨讓渡性あることを認めんとす(註二)(註三)。

當事者は特約を以て質權の移轉性を剝奪し得るや。永小作權及地役權に付ては之を是認すべき規定(二七二條二

八一條、不動産登記法一一二條一一三條)あるに拘らず質權に付ては此の如き規定存する所なきを以て質權の移轉性を剝奪することは現行法の認めざる所なりと云はざるべからず(註四)。尤も質權の移轉を許さざる特約は當事者間に於ては有效なるも物權的效力を生ぜざるを以て第三者には之を對抗し得ざるものと解すべし。

(註一) 三瀆氏は、質權及抵當權に付き移轉性の外に當然附隨性も存するものと見るべきや、此點に付ては今日まで何人も疑を挿みたる者なく余も亦留置權及先取特權の場合に於けるが如き強き根據を有せざれども明文なき國に於て主たる債權と共に何等の意思表示なくして當然移轉せらるるや否は結局當事者の意思を解釋して決すべき事實問題に非ずやと思はる、換言すれば質權及抵當權は當事者の意思に依りて發生するものなるのみならず大多數の場合に於ては黙々の間に主たる債權と共に移轉するを常とすれども是れ債權を移轉すべき當事者間に此默約が存すること事實上多しと謂ふのみにして常に然りと見ざるべからず、即ち獨瑞の如き明文なき以上は原則としては質及抵當も移轉の特別意思表示を要し若し之なければ債權のみ移轉せられて質權及抵當權は消滅に歸すべきものと解すること獨逸民法と正反對の結果と爲るにあらずやと思はる、と主張せらる(同氏擔保物權の移轉性と附隨性法協三一卷一八一六頁)。

(註二) 質權の附従性の項の説明参照。

川名氏は質權は其擔保する債權に従たる權利なるが故に其質權のみを他人に讓渡すことを得ずと主張せらる(同氏物權二八〇頁)。

(註三) 質權が移轉性を有することは地役權に於けるが如く獨立讓渡を禁ずる規定存せざるのみならず更改の場合に於てすら舊債務の爲めの質權又は抵當權を新債務に移すことを認めたる(五一八條)等に徴し之を推論することを得べし(同趣旨山下氏物權八頁)。

(註四) 同趣旨山下氏物權八頁。

4 抵當權と移轉性

抵當權の移轉性に付ては質權に付き述べたると同様隨伴性を有すると同時に抵當權も亦一定の債權より分離し或制限の下に單獨に處分することを得るものなるを以て(三七五條)此點に於て獨立移轉性を有するものと解せざるべからず(附從性に付ての説明参照)。當事者が特約を以て抵當權の移轉性を剝奪し得るやの點に付ても亦質權に付き述べたると同一理に依り同一に解すべきものとす(註)。

(註) 松岡氏は、抵當權は從たる物權なり、故に抵當權は之を以て擔保する債權と共に讓渡することを得れども單獨に之を讓渡することを得ず、然れども例外として抵當權者は同一の債務者に對する他の債權者の利益の爲に其抵當權を讓渡することを得(三七五條)、と説明せられ(同氏物權九二四頁)、富井氏(原論二卷五九九頁)中島(弘)氏(通論四三二頁)亦同趣旨の説明をせらる。

五 債權と移轉性又は讓渡性

1 總說

羅馬法に於ては絕對に債權の移轉を認めざりしが、後には相續に因る債權の移轉を認むるに至り、唯特定承繼に因る移轉を認めず、之と同一の經濟上の結果を得る爲には債權者の交替に因る更改の方法に依らざるべからざることを爲したるも、更改に因りては十分に債權讓渡の目的を達すること能はざるを以て、更に訴訟代理の方法に依りて債權の讓渡ありたると同一の目的を達せんとするに至りたれども、此場合に於ても債權者は依然として債權者たるを失はざりしを以て、羅馬法に於ては結局債權の讓渡なるものを認むるに至らず、唯他の方法に依りて債權讓渡と同一の結果を收めしめたるに過ぎざりしなり、獨逸固有法に於ては債務者の同意を以て債

權を讓渡し得ることを認め、後には同意の有無に拘はらず債權の讓渡を認むるに至り、現今に於ては各國の立法共に債權は所有權其他の物權と同様移轉性あることを認め之が讓渡を爲し得ることを許せり(獨逸民法三九八條、瑞西債務法一六四條、奧地利民法一三九二條、佛蘭西民法一六八九條一六九〇條)。我民法に於ても亦一般立法例に倣ひ債權の讓渡を認めたり(四六六條)。債權は其主體の變更に因り其同一性を失はざるを原則とす。故に民法は此原則に従ひ第四六六條以下に於て債權は原則として之を讓渡することを得る旨を規定し、債權は債權者の變更に因り其同一性を失はずして移轉し得ることを明にせり(註)。然れども債權の讓渡に因り債權の移轉を生ずるには債權の性質が當事者の契約に因り其同一性を失はずして債權者を變更し得ること即ち讓渡性を有せざるべからず。民法は債權を以て原則として讓渡し得べきものと爲したれども、債權の性質が之を許さざるとき當事者が之を禁止せるとき又は法律の規定に依りて之を禁止せるときは例外として讓渡することを得ざるものと爲せり(四六六條)。

(註) 民法は他の一方第五一三條以下に於て更改を認め、債權者を變更することに因りて舊債權を消滅せしめ、新債權を發せしむることを得しめ、債權者の交替を以て債務の要素を變更するものと爲し恰も矛盾せる規定を設けたるが如き觀ありと雖、更改に關する規定は單に更改契約當事者の普通の場合に於ける意思を推測して右原則に對する例外を認めたるに過ぎざるものとす。但債權の主體に變更あるも債權が其同一性を失はずと爲すは法律の擬制なりと爲す説を採る者は民法が更改の規定に因り債權の同一性より生ずる當然の結果を認むると同時に他の一方に於て債權に付ては之を讓渡するも其同一性を失はざるものと看做したる法律上の擬制を定めたるものと爲すなり(川名氏債權四三一頁)。其詳細は別に之を説明すべし。

譲渡性なき債権の性質なきもの

2 譲渡性なき債権

甲 債権の性質上譲渡性なきもの

債権の性質上譲渡性なきもの即ち民法第四六六條第一項但書に所謂債権の性質が譲渡を許さざるときとあるに債権の目的たる給付の性質上債権者其人に重きを置き本來の債権者のみに給付を爲すことを要するものと認むべき場合の債権にして、其主なるもの左の如し。

イ 雇傭、委任、使用貸借、賃貸借等に基く債権

雇傭、委任、使用貸借、賃貸借等に基く債権

即ち使用者が勞務者に對して有する債権、委任者が受任者に對して有する債権、使用貸借に於ける借主が貸主に對して有する債権、賃借人が賃貸人に對して有する債権の如きは譲渡性を有せざるを原則とす（五九四條二項六二二條一項六二五條二項參照）。請負契約に於ける注文者が請負人に對して有する債権も亦場合に依りては譲渡性を有せざることあり。尤も此等の場合に於ても本人の承諾あるときは譲渡することを得るに至る。

不作爲の債権

ロ 不作爲の債権

不作爲の債権も亦原則として譲渡性を有せず。然れども例外として例へば競業禁止の債権を營業の譲渡と共に譲渡するが如く他の關係と附從して之と共に譲渡することを得べき場合あり（註）。

（註） 同趣旨鳩山氏債總三四三頁、石坂氏日本民法一九八頁、大谷氏債總三六六頁、三浦氏債權四五七頁、中村氏日本民法三九一頁、中島氏不作爲の債權東京法一三卷五〇八頁、東氏債總一四四頁。

豫約より生ずる債権

ハ 豫約より生ずる債権

豫約より生ずる債権は本契約が雙務契約なる場合に於ては譲渡性を有せざるも、本契約が片務契約にして債権

者が何等の債務をも負擔することなき場合に於ては債権者の變更に因りて相手方は何等の不利益を被ることなきを以て譲渡性を有するものと解すべし（註一）（註二）。例へば寄託の豫約より生ずる債権の如き是れなり（註三）。

（註一） 同趣旨鳩山氏（舊説）日本債權法總論二九二頁

結果同趣旨大谷氏債總三六五頁、石坂氏日本民法一九八頁（同氏は本契約が雙務契約にして當事者雙方に債務を生ずる場合には譲渡性を有せざるも本契約が片務契約にして之に依り當事者の一方のみが債権を取得する場合に其債権が譲渡することを得べきものなるときは豫約より生ずる債権も亦譲渡することを得るを原則とすと主張せらるる）。

（註二） 川名氏は、本契約により生ずる債権が其性質上譲渡することを得ざるものなる時其債権の發生を内容とする所の本契約を締結せしむる債権も亦之を譲渡すことを得ずと思ふ、例へば甲の肖像を畫かしむることを約する契約の豫約上の債権は之を乙に移轉すること能はず、而して又假令其本契約上の債権は之を譲渡することを得るものにて若も其本契約が豫約上の債権者にも債務を負擔せしむべきものなるときは豫約上の債権を他人に譲渡すること能はざるべし、と主張せられ（同氏債權四四六頁）、磯谷氏は、豫約より生ずる債権は本契約が當事者の身上に重きを置き其債権者を變更するときは債権の目的に反し債務者に不利益を及す場合は之が譲渡を爲すことを得ずと雖然らざる場合には譲渡を爲すに妨なし、と主張せらる（同氏債總五八〇頁）。

（註三） 鳩山氏は増訂改訂版に於て其所説を變更せられ、豫約上の権利は形成權にして債権には非ざるを以て直接には債権譲渡に關する規定の適用を受けず、然れども特定人に對する權利にして且義務と結合せるものには非ざるが故に債権譲渡に關する規定を之に類推適用し原則としては譲渡を許すものと解するを正當とすべしと主張せらる（同氏債總三四三頁以下）。

中島氏は豫約より生ずる權利は義務者が特に同意を與ふるに非ざれば當然譲渡すを得ず、蓋し當事者の意思は豫約權

利者其人と契約せんとするに在り、其人の辨濟の資力にして契約を爲さんとするに在り、即ち権利者の人物は契約の要素を爲す、故に権利者一方の意思を以て之を他人に移すを得ざるなり、從て亦同一の理由に基き豫約者は相手方の人格を信じ之に重きを置く、相續人は必しも前代同様の人格を有せず、故に委任契約に於けると同じく當事者一方の死亡は豫約の解消を來し豫約より生ずる權利義務は相續人に移轉せずと主張せらる(同氏豫約論京法三卷五號三〇頁)。

二終身定期金債權

終身定期金債權

此債權が讓渡性を有せざるは明なり。契約上の扶養を受くる債權も亦原則として讓渡性を有せず(註)。

(註) 同趣旨岡村氏債總二四三頁、鳩山氏債總三四三頁。

從たる債權

本從たる債權

從たる債權が主たる權利と獨立に讓渡性を有するや否は從たる債權の種類に依り之を區別せざるべからず。保證債權の如きは主たる債權を擔保する爲に存するものにして、主たる債權と必要的に相結合し之と分離することを得ざるものなるを以て保證債權のみを獨立に讓渡することを得ずと雖、既に辨濟期に達せる利息債權及違約金債權の如きは孰れも獨立して之を讓渡することを得べく(註一)、尙違約金債權は其既に辨濟期と爲れると否とを問はず之を主たる債權より分離して讓渡することを得べし(本書一卷五九五頁參照)(註二)。然れども基本利息債權を元本債權と分離し獨立して讓渡し得るや否に付ては議論の存する所なり。或は(一)利息のみ元本債權と分離して處分することを得ずと爲し(註三)、或は(二)獨立して之を讓渡することを得るものと爲す(註四)なり。

(註一) 同趣旨鳩山氏債總四三頁三四三頁。

利息債權に付き同趣旨鳥賀陽氏債總一三〇頁。

異説。石坂氏は、利息債權は法定利息たと約定利息たとを問はず一旦發生したる以上は獨立の存在を有す、故に期限に到らざるも元本債權と分離し讓渡することを得と主張せらる(同氏日本民法一二〇一頁)、三瀨氏(債權四五八頁)、岡松氏(讓渡すことを得る債權と讓渡すことを得ざる債權新報一二卷一一號一〇頁)は孰れも同趣旨。

(註二) 同趣旨石坂氏日本民法一二〇一頁(同氏は違約金債權は從たる權利と云ふよりも寧ろ條件附權利と解するを正當とするが故に違約金債權のみ獨立して讓渡することを得るものと解すべしと主張せらる)、中島氏釋義三卷五八五頁、嘉山氏債總三八九頁(嘉山氏は違約金債權又は既に發生したる利息債權の如きは從たる債權と言はんよりは寧ろ獨立の債權なりと謂ふべく獨立して之を讓渡することを得と主張せらる)。

反對三瀨氏債權四五八頁(同氏は違約金債權は不履行後に於ては之を獨立に讓渡することを妨げざるものと主張せらる)、中村氏日本民法三九一頁、岡松氏前掲論文新報一二卷一一號一〇頁(同氏は違約金の債權に付ては我民法は之を豫定賠償と見るが故に違約の事實生ぜざる間は之を讓渡すこと能はざるべしと主張せらる)。

(註三) 大谷氏債總四一頁。

(註四) 川名氏債權四四八頁、同氏は其理由として、此利息債權は固より從たる債權なり、然れども此從たる點は主たる債權が存するに非ずんば成立することを得ず、又存立することを得ずと云ふことに存する也、決して主たる債權と必要的に結合し之に隨伴すべきものと爲すべきものと非ずと考ふ、故に獨立に之を讓渡するも決して利息債權の從たる性質を損ふものに非ず、損害賠償の豫定額の請求權に付ても亦之れと同一なり、と主張せらる。

磯谷氏亦、利息債權は元本債權より生ずるものにして兩者互に一體を爲すものなれども必ずしも之を分離して處分することを得ざるものに非ず、故に元本債權を自己に留保して獨り利息債權のみを讓渡することを得べく又は利息債權

特別なる資格に於て有する債権

を留保して元本債権のみを譲渡するを妨げず、と主張せらる(同氏債總五七六頁)。
へ特別なる資格に於て有する債権

例へば法人の社員組合の組合員たる資格と分離すべからざる債権は獨立して之を譲渡することを得ず。唯其資格が譲渡し得べきものなるときは其資格と共にするときは之を譲渡することを得るなり(註二)。但特別なる資格に於て有する債権と雖既に成立せる後は必ずしも之と分離すること能はざるものに非ざるを以て分離し得べきものは獨立して譲渡し得べきは勿論なり(註二)。

(註一) 同趣旨石坂氏日本民法一二〇二頁、岡松氏前掲論文新報一二卷一二號一七頁。
(註二) 同趣旨岡松氏前掲論文新報一二卷一二號一八頁。

法律の規定に依りて譲渡を禁止せられ譲渡性なきもの

乙法律の規定に依りて譲渡を禁止せられ譲渡性なきもの

法律が特別の理由に基き債権又は其他の請求權の譲渡を禁ずる場合あり。例へば保管金規則第三條に於て保管證書所載の債権は賣買取譲渡を禁止し、華族世襲財産法第一六條に於て華族世襲財産及其法定果實を收受する權利の譲渡を禁止し、商法第六三〇條に於て記名の乗船切符の譲渡を禁止せるが如き是れなり。茲に法律の規定に依りて譲渡を禁止せられ譲渡性なきものとは、法律が公益上の必要に基き譲渡を禁止したる場合即ち強行規定に依りて譲渡を禁止せる場合を云ふ。故に任意規定に依りて禁止せらるる場合例へば使用貸借の借主(五九四條二項)、賃借人(六一二條一項)、使用者(六二五條一項)の債権等の如き場合に於ては債権者は債務者の承諾を得れば之を譲渡することを得るものなるを以て之に屬せず。

當事者の特別の特約に因る譲渡性の制奪

丙當事者の特別の特約に因る譲渡性の制奪

約に因る譲渡性の制奪

當事者が債権譲渡の禁止を約したるときは之を譲渡することを得ず(四六六條二項)。譲渡禁止の契約(Pactum de non cedendo)の効力に付ては議論ありと雖、債権の内容は當事者が自由に之を定め得べく、債権の譲渡禁止を約するは債権が特定の債権者に屬すべきことを約するものにして即ち債権の目的たる給付を制限するものなるを以て、斯の如き契約を禁ずるの理由なきものと云はざるべからず。故に民法は獨逸民法と同様債権の譲渡禁止の意思表示を爲すことを許容せり(註一)(註二)。債権譲渡禁止契約は物權的効力を有し常に債権者に譲渡すべからざるの債務を生ずるに止まらず、之に反する譲渡は當然無効にして又第三者に對しても無効なりとす(註三)(註四)。然れども一般に第三者に對し効力を生ずるものと爲すときは或は第三者が不測の損害を被ることあるべきを以て、民法は第三者保護の爲に此譲渡禁止を善意の第三者に對抗することを得ずと爲せり(四六六條二項但書)。

(註一) 債権の譲渡禁止の契約の効力に付ては三主義あり。即ち佛蘭西法系の法制は之を無効と爲し、獨逸民法第一章案第二九五條は内部關係即ち當事者間に於ては有效なれども外部關係即ち第三者に對しては無効なりと爲し、獨逸民法第三九九條は之を有效と爲すなり。蓋し第一の主義は自由に財産を處分するは公益上の權利なるを以て之を契約に依りて制限することを得ざるものなりとの理由に基き、第二の主義は物權の譲渡禁止は單に當事者間に相對的効力を生ずるに止まるものなるに債権の譲渡禁止が絕對的効力を生ずべき理由なしとするに基き、第三の主義は本文説示の理由に基くものなり。

(註二) 債権の譲渡禁止の意思表示は債権成立と同時に若は其以後に於て之を爲すことを得べし(註a)と雖、必ず債権者及債務者間の契約を以て之を爲すことを要し、遺言の如き一方的意思表示に依りて之を爲すことを得ず(註b)。然れども

債權發生當時の債權者及債務者たることを要せず(註c)。尤も此點に付ては或は債權發生の原因たる契約の當事者のみが其當初の契約に於て讓渡を禁ずることを得るものと爲す少數の反對説あり(註d)。現在の債權者及債務者も亦此契約を爲し得るものとす(註e)。

(註a) 同趣旨鳩山氏債總三四五頁、石坂氏日本民法一二〇七頁、岡松氏前掲論文新報一二卷一二號二三頁、川名氏債權四五〇頁、岡村氏債總二四四頁、嘉山氏債總三九二頁、磯谷氏債總五八八頁、中島(弘)氏通論五六一頁、中村氏日本民法三九二頁。

(註b) 同趣旨石坂氏日本民法一二〇七頁、大谷氏債總三七〇頁、川名氏債權四四九頁、中村氏日本民法三九二頁、岡松氏前掲論文新報一二卷一二號二三頁(同氏は當事者が爲す反對の意思表示は必ず債權者債務者間の契約を要す、遺言を以て相続人又は受遺者に債權の讓渡を禁ずることを得べしと雖、是只相続人又は受遺者に債務を生ずるに過ぎずと主張せらる)。

反對。鳩山氏は讓渡禁止の意思表示は債權者債務者間の契約なるを常とす、然れども單獨行為に因りて債權を成立せしむるときは其單獨行為に因りて讓渡を許さざる債權を成立せしむることを得べしと主張せらる(同氏債總三四四頁、同説岡村氏債總二四四頁、東氏債總一四五頁)。三浦氏(債權四六一頁)、平沼氏(債總二九〇頁)亦債權が單獨行為に因りて發生したるときは單獨行為に依りて之が讓渡を禁ずることを得べしと主張せらる。

(註c) 同趣旨鳩山氏債總三四五頁、石坂氏日本民法一二〇九頁、大谷氏債總三七〇頁、嘉山氏債總三九二頁、磯谷氏債總五八八頁。

(註d) 梅氏債權債務の承繼を論ず法政大學記念論文集三五頁三六頁(其理由とする所は民法第四六六條第二項に於て當事者が反對の意思を表示したる場合と云へるに依りて明なるのみならず權利の性質は其發生當時に定まるべきもの

なるが故なりと云ふに在り)。

(註e) 同趣旨鳩山氏債總三四五頁。

(註三) 同趣旨石坂氏日本民法一二〇七頁、大谷氏債總三六九頁、川名氏債權四四九頁、嘉山氏債總三九二頁、磯谷氏債總五八八頁、横田氏債總七五六頁、岡松氏前掲論文新報一二卷一二號二三頁、東氏讓渡禁止の特約ある債權讓渡(判例評釋)法協四〇卷一四九頁。

(註四) 債權の讓渡禁止の契約は其讓渡を禁止したる債權をして差押ふることを得ざるものと爲すものには非ず。唯此債權に付き差押あるも之を債權者に轉付することを得ざるに止まり取立命令を發することは之を妨げざるものと解す。

讓渡性ある債權

3 讓渡性ある債權

叙上讓渡性なき債權を除きては債權は其發生原因の如何を問はず總て之を讓渡することを得べし。左に主なる債權に付き説明せん。

イ 非財産的權利の侵害に因る不法行為より生ずる債權

我民法に於ては第四六六條に於て、當事者が讓渡を禁止したる場合及債權の性質上讓渡を許さざる場合の外は總て之を讓渡し得るを原則とせるを以て、假令身體自由名譽等讓渡することを得ざる權利の侵害に基く不法行為上の損害賠償請求權と雖既に獨立の債權と爲れる以上は之を讓渡することを得るものと解せざるべからず(註一)。

非財産的權利の侵害に因る不法行為上の損害賠償請求權の讓渡し得べきや否に付ては議論あり。獨逸民法(八四七條一項)に於ては身體、健康又は自由の侵害に因る損害賠償請求權は契約に依り承認せられ又は權利拘束と

非財産的權利の侵害に因る不法行為より生ずる債權

爲りたる後に非ざれば譲渡することを得ざる旨を規定せり。斯の如き規定なき我民法の解釋としても或は(一)原權と救済權とは分離すべからざるものと爲し之を理由とし(註二)、或は又(二)此等非財産的權利の侵害に因る損害賠償請求權は被害者其人に主として精神上の満足と爲ることを目的とし特に被害者を債權者と爲すべき性質のものなるを以て之が譲渡を爲すことを得ざるものと爲す見解あり(註三)。勿論此場合に於ける損害賠償請求權は被害者其人に主として精神上の満足と爲ることを目的とするものなるを以て此請求權を行使すると否とは被害者其人の意思に一任すべきものなりと雖、此請求權を譲渡するは即ち此權利を行使するの意思あることを表示するものと云ふことを得べく(註四)、且此請求權は初より獨立の金錢債權なるを以て此點より見るも(註五)譲渡性を有せざるの理由なし。唯名譽回復の爲めの特別の方法を請求する權利の如きは之を譲渡することを得ざるものとす(註六)(註七)。

(註一) 譲渡性を認むる説鳩山氏債總三四三頁、同氏不法行爲に因りて生じたる債權の譲渡志林一二卷三號一八頁以下、梅氏前掲法政大學紀念論文集三三頁、岡松氏譲渡すことを得る債權と譲渡すことを得ざる債權新報一二卷一一號五頁、川名氏債權四四九頁、石坂氏日本民法一二〇三頁、大谷氏債總三六四頁、川名氏債權四四九頁、岡村氏債總二四三頁、嘉山氏債總三八六頁、磯谷氏債總五八五頁、中村氏日本民法三九一頁、東氏債總一四四頁。

(註二) 土方寧氏債權原因論二二四頁、岡野氏損害賠償論二〇〇頁(同氏は原權が譲渡を許さざるときは其譲渡を許さざる性質は救済權に迄及ぶとせらる)。

(註三) 横田氏債總七五五頁、同氏債權債務の移轉を論ず新報三一卷三號七〇頁以下。

横田氏は尙、人格權の侵害より生ずる無形の損害賠償を請求する權利は被害者に專屬し譲渡性を有せざるも加害者に

賠償を命ずる判決が確定したるとき又は加害者が被害者に對し賠償として一定の金額を支拂ふことを約したるときは此時を以て移轉性を取得るものと主張せらる(同氏前掲論文新報三一卷三號七三頁、同氏不法行爲に因りて生じたる債權の譲渡志林一〇卷三號四八頁)。麥谷氏不法行爲論二七頁亦横田氏と同趣旨。

(註四) 同趣旨鳩山氏一身に專屬する權利の意義志林一七卷一一號七八頁、嘉山氏債總三八六頁。

(註五) 同趣旨鳩山氏不法行爲に因りて生じたる債權の譲渡志林一二卷三號二四頁、嘉山氏債總三八六頁。

(註六) 同趣旨大谷氏債總三六四頁、磯谷氏債總五八六頁。

(註七) 非財産的權利の侵害に因る不法行爲上の損害賠償債權の相續性に付ては大正八年六月五日の大審院判決は、不法行爲に因る身體の傷害より生ずる慰藉料請求權の相續に付き精神上の苦痛に對し金錢の賠償を以て其心神を慰藉するを得べきや否は専ら被害者其人の決定すべきものなれば、其請求權は被害者の死亡と共に消滅し相續人と雖之を承繼し得ざるを原則とするも、被害者が加害者に對し慰藉金請求の意思を表示したる以上は該請求權は金錢の給付を目的とするものなれば移轉性を有するものとす、と判示せり(民錄二五輯九六三頁)。

此判決に對しては異論あり。藥師寺氏は、我民法は不法行爲に因り財産的損害を生じたる場合と非財産的損害を生じたる場合とを區別せず、從て不法行爲に因り身體を傷害せられ其爲め精神上の苦痛を蒙りたる者は直に當然に損害賠償請求權を取得し敢て其精神上の苦痛が金錢を以て賠償し得べきものなること被害者が其苦痛は金錢を以て賠償せられ得べく感じたこと及被害者が金錢を以て賠償を受けんと決意し夫れを加害者に表示したることを要せず、而して此損害賠償請求權は被害者が之を拋棄せざる限り被害者の財産を構成し相續人に承繼せらるべきものと主張せらる(同氏不法行爲に因る身體の傷害と慰藉金の請求權及其移轉性並に慰藉金請求の意思表示の方法(判例研究)志林二二卷一五八二頁以下)。

條件附債權
及期限附債
權其他將來
の債權

□ 條件附債權及期限附債權其他將來の債權

四〇二

條件附債權期限附債權は之を讓渡することを得べし。但停止條件附債權を讓渡する場合には債權は條件成就の時又期限附債權讓渡の場合は期限到來の時に各發生するを以て債權は此時に移轉するものとす。其他將來の債權を讓渡することを得るや否に關しては議論の存する所にして、或は債權の讓渡は債權の處分なるを以て其處分當時に於て債權の存在することを必要とす、存在せざる權利は之を處分するに由なしと爲し(註一)其讓渡性を否認する者あれども、通説は其讓渡性を認め(註二)、假令現に債權の存在なきも讓渡行爲其ものは有効に成立すべく唯債權發生の時に債權移轉の効果が直接に生ずるものと爲すなり、蓋し債權の移轉は債權讓渡契約の效力として生ずるものなるを以て後に至り債權の發生するを以て足ればなり。權利の成立範圍若は相手方の不確定なる債權例へば保險金の債權富籤の債權加害者不明の損害賠償請求權も亦之を讓渡することを得べし(註三)。

(註一) Eccius, D. G. Z. 1904, S. 63. 同氏は無を處分するは觀念上不能にして無意義なりと主張す。

(註二) 鳩山氏債權三三八頁、同氏未發生權利の拋棄を論ず志林一一卷二號八頁以下、石坂氏日本民法一一九一頁以下、川名氏債權四五二頁、三瀨氏債權四六〇頁、嘉山氏債權三八五頁、岡松氏讓渡すことを得る債權と讓渡すことを得ざる債權新報一二卷一一號六頁。判例亦將來の債權の讓渡を認む(明治四三年二月一〇日大判民錄一六輯八四頁)。山下氏將來の權利の讓渡法研二七卷二五三一頁以下。

(註三) 同趣旨岡松氏前掲論文新報一二卷一一號六頁。

訴訟繫屬中

ハ 訴訟繫屬中の債權

の債權

此債權も亦之を讓渡することを得(註一)。羅馬法に於ては不正手段を助長するの理由を以て之が讓渡を許さざりしも、近世の法制の多くは皆之を許せり(獨逸民事訴訟法二六五條、佛蘭西民法一六九九條以下參照)(註二)。

(註一) 同趣旨石坂氏日本民法一一九四頁、大谷氏債權三六六頁、川名氏債權四五二頁、嘉山氏債權三八六頁、磯谷氏債權五七七頁、岡松氏前掲論文新報一二卷一一號七頁。

(註二) 訴訟繫屬中の債權の讓渡を許すときは訴訟の相手方異なるに至り債務者にとり危険多きを以て、獨逸民事訴訟法は此債權の讓渡は訴訟に何等の影響を及ぼすことなく訴訟は尙本來の當事者に於て續行すべく又確定判決は獨り訴訟の當事者に對してのみならず權利拘束を生じたる後承繼人と爲りたる者に對しても效力を有するものと爲せり(獨逸民事訴訟法二六五條二項三二五條參照)。我國に於ては民法及舊民事訴訟法中に之に關する規定なきを以て疑を生じたりと雖、之が讓渡を許すべきものなることは一般學說の認むる所にして、唯其效力に付き獨逸法の如き明文なきを以て訴訟繫屬中債權の讓渡ありたるときは此讓渡に因り債權を失ひたる原告の請求は之を棄却すべく、讓受人は被告に對し更に新なる訴訟を提起するの外なきものと爲さざるべからざりしが、新民事訴訟法に於ては訴訟繫屬中の債權讓渡を認め其第七四條に於て「訴訟ノ繫屬中第三者カ其ノ訴訟ノ目的タル債務ヲ承繼シタルトキハ裁判所ハ當事者ノ申立ニ依リ其ノ第三者ヲシテ訴訟ヲ引受ケシムルコトヲ得」と規定し、尙第三項に於て「第七十二條ノ規定中脱退及判決ノ效力ニ關スルモノハ第一項ノ規定ニ依リテ訴訟ノ引受アリタル場合ニ之ヲ準用ス」と規定せり。

差押を禁じ
たる債權

ニ 差押を禁じたる債權

獨逸民法(四〇〇條)に於ては差押を禁じたる債權は之を讓渡することを得ざる旨を定む。我民法には斯の如き規定なきを以て之が讓渡を許さざるものと解すべからず(通説なり)。其讓渡を爲し得るや否は差押禁止の理由又は各箇の債權の性質に依りて之を決せざるべからず(民事訴訟法六一八條參照)(註一)。差押を禁じたる債權は

第二編 第三章 權利及義務 第四款 權利の通有性及特有性

四〇三

之を譲渡することを得ずと爲す説あれども(註二)非なり。

(註一) 同趣旨鳩山氏債總三四三頁、遊佐氏概論物權三一二頁、小池氏債總二八七頁。

(註二) 嘉山氏債總三九八頁、岩田氏債權一三六頁。

本雙務契約より生ずる債權

雙務契約より生ずる債權

雙務契約より生ずる債權も亦之を譲渡することを得(註一)。此場合に於ては讓受人は雙務契約より生ずる一方の債權のみを讓受けたるものにして之と關聯する債務は依然讓渡人に存するものなるを以て、若し讓渡人が其債務の履行を爲さざるときは相手方は讓渡人に對すると同様讓受人の請求に對し同時履行の抗辯を以て對抗することを得べし(註二)。

(註一) 同趣旨石坂氏日本民法一一八八頁、大谷氏債總三六六頁、川名氏債權四五二頁、嘉山氏債總三八四頁、磯谷氏債總五七八頁、岡松氏前掲論文新報一二卷一一號八頁。

(註二) 同趣旨石坂氏日本民法一一八八頁、嘉山氏債總三八四頁、岡松氏契約の解除に關する一疑問新報一九卷三號七六頁。

電話使用權

電話使用權の性質

a 電話使用權の性質

電話使用權の性質に付ては議論の存する所にして、或は(一)電話加入者は國家の營造物を使用するものにして其關係は公法上の關係なり、而して電話は何人と雖自由に使用し得るものに非ずして加入者又は其同意を得たる者の特別使用に屬し(電話規則五三條參照)、且一加入毎に一番號を定め(同規則一一條ノ二)特別視するの點より觀察すれば權利と云ふを妨げざるを以て、結局公法上の使用權なりと云はざるべからずと爲し(註一)、或は

(二)電話の使用は公法上の關係に於て營造物を使用するものなるを以て電話使用權は公法上の權利なりと雖財產上の價值を有し財產權たるが故に移轉することを得べしと爲し(註二)、或は(三)電話使用は私法上の關係にして電話使用權は債權なりと爲す(註三)なり。而して之を債權と爲す者の間に於ても其法律上の性質に付き更に議論岐れ、或は(イ)其原因たる契約は物の使用と勞務の供給とを内容とするものなるを以て一種の混合契約上の債權なりと爲し(註四)、或は(ロ)人的設備よりも物的設備に重きを置くべきものとし電話使用權の發生原因たる契約は主として賃貸借契約なりとし該權利を賃借權なりと爲す(註五)なり。(イ)の説に贊す。

(註一) 雄本氏京法一一卷三二七頁(讀書會記事)。

(註二) 織田氏京法一一卷三二九頁(同上)。

(註三) 末弘氏各論一〇三六頁、鳩山氏各論八六八頁、石田氏總論一六頁、磯谷氏債總五八〇頁、曄道氏電話使用の法律關係の性質京法一一卷六一五頁、同氏電話利用權の性質(判例批評)京法一一卷八二五頁、大正六年一月二日同一〇年四月四日大判民錄二三輯二一九八頁二七輯六八二頁、法曹會決議電話使用權を目的とする質權の設定に關する件記事二九卷四五二頁。

鳩山氏は、電話事業は固より公衆の利益の爲に國家の經營する企業なりと雖、一設公衆は當然其設備を利用する權利を有するに非ずして國家との契約に因りて此權利を取得し國家をして一定の勞務を供給せしむることを得るものなるが故に之を債權と認めざるべからずと説かる(同氏各論八六八頁)。

(註四) 鳩山氏各論八六八頁、末弘氏各論一〇三六頁。

(註五) 曄道氏電話使用の法律關係の性質京法一一卷六一五頁。

電話使用權
と移轉性
又は讓渡性

電話使用權と移轉性又は讓渡性

電話使用權は專屬性を有するものなりや讓渡性を有するものなりやに付ても亦該權利の性質に付き學說の岐る所に従ひ亦異なる。或は該權利は專屬性を有するものに非ざれば法令に於て禁止せざる限りは之を移轉することを得るものと爲すべきは理論上正當なるのみならず、電話規則第二條第二項が加入名義の變更を認めたるに依れば電話使用權の移轉は正に法の許す所なるを知るべし、何となれば加入名義の變更は電話使用權の移轉を表示するものなればなりと爲し(註一)、或は電話使用權は賃借權なるを以て賃貸人たる國家の承諾を得るに非ざれば之を讓渡することを得ず(民法六一二條)、即ち權利者が自由に讓渡することを得ざる權利に屬すと爲し(註二)、或は電話使用權は公法上の使用權なり、而も公法上の權利は別段の明文あるに非ざれば移轉を許さざるを原則とす、而して電話使用權に付ては加入者が其名義書換を爲すには當該電話取扱局の承認若は逓信大臣の認可を要する點に徴するときは所謂名義の書換は舊特別使用を廢止して新特別使用を許すものと解すべく、果して然らば我取引界に於て實際電話を賣買しつつあるは電話使用權其ものを賣買するに非ずして、電話規則の定むる所に従ひ當事者が連署して名義書換の請求書を當該電話取扱局に差出す場合には當該電話取扱局の承認に依り(電話規則二五條)新特別使用を許るべしと云ふ希望を取得せしむるに對し對價を要求しつつあるものと解すべきに非ずやと爲し(註三)、或は電話使用權は公法上の權利なりと雖、財産上の價值を有し財産權たるが故に移轉することを得べし、即ち國家の承認を得て之を移轉することを得るものと解すべしと爲し(註四)、或は電話使用權は一種の債權なれば之を他に讓渡し得るは明なりと爲す(註五)なり。然れども電話使用權を債權の一種と爲すべきこと前叙の如くなる以上法令に於て之が讓渡を禁ぜざる限り讓渡は之を許すべき

ものと解するを相當とす(註六)。

(註一) 大正六年一月二日大判民錄二三輯二一九八頁。

(註二) 睡道氏電話使用の法律關係の性質京法一一卷六一六頁。

(註三) 雄本氏京法一一卷三二八頁(讀書會記事)。

(註四) 織田氏京法一一卷三三〇頁(同上)。

(註五) 磯谷氏債總五八〇頁。

(註六) 鳩山氏は、電話加入申込者の官署に對する電話開通の請求權は私法上の權利に非ざれば之を讓渡し得ざるは電話規則第二條に依りて明なるも電話使用權其ものは之を讓渡し得べく且將來電話の開通を條件として豫め取得すべき電話使用權を讓渡するは有效なりと主張せらる(同氏債總三四五頁)。

六 物權的請求權と移轉性又は讓渡性

物權的請求
權と移轉性
又は讓渡性

物權的請求權は既に述べたる如く基本たる物權其他の絕對權より流出するものにして、基本たる權利なければ物權的請求權を生ずることなしと雖、物權的請求權は基本たる權利とは同一のものに非ず。獨立の權利にして基本たる權利の内容又は效力に過ぎざるものに非ず。然れども此權利は侵害行爲を爲したる他人に對し權利狀態を回復せしめ、權利者をして其權利の圓滿なる行使を爲さしむる爲に認められたるものなるを以て、其性質上基本たる權利に從屬し之と離るべからざる關係に在るものなるを以て、此請求權を有する者は現在其基本たる權利を有する者ならざるべからず。從て此基本たる權利が其權利者より離脱するときは其權利者は物權的請求權を失ふに至るべく、又此請求權に對する義務は所謂間接歸屬義務又は狀態義務に屬し、現に基本たる權利

の内容に適合せざる状態を現出せしむる者が義務者なるを以て、此状態より離脱せば其者は當然其義務を免る(註一)。従て又物権的請求権は其基本たる権利と分離して之を他人に譲渡することを得ず(註二)。學者或は之に反し、基本物権存在する限り之と獨立して物権的請求権のみを他人に譲渡することを得べく、其譲渡に關しては債權譲渡に關する規定に従ふべく、物権的請求権を譲渡するも物權其ものは當然基本物權の譲渡とはならずと主張すれども(註三)、採らず。

(註一) 故に例へば嘗て不法占有に因り他人の所有權を侵害したる者と雖既に其占有を第三者に移轉したるときは此等の所有物返還義務は占有の移轉と同時に當然消滅し、第三者が更に此返還義務を負擔するに至るものにして、従て又權利者の返還請求權は占有の移轉により消滅し、新に第三者に對して返還請求權を有するに至るものとす(註a)。然るに之に反對する説あり。曰く、若し物上請求權は被請求者に積極的の給付義務を負はするものとすれば一旦此義務を負ひたる者は其履行を爲すか又は其責に歸すべからざる事由に因り履行不能となるに非ざれば義務を免るること能はずと云はざるを得ざるべく、又従て物の返還請求の場合に物の占有が義務者に存することは其者に對し返還請求權を行使する必要條件たることなしと爲さざるべからず、若し一旦所有權の侵害に因りて物の返還義務を負ふも物の占有を他人に移轉するときは其義務を免るるものと爲すには物上請求に對する義務を所有權の行使に對する容忍義務(即ち請求者が被請求者の手裡より物を持去ることを容忍する義務)なりと爲さざるべからず、然らざれば物の占有を移轉するに因りて被請求者が返還請求に對する義務を免るるの理なければなりと(註b)。

(註a) 同趣旨菅原氏民法論一卷一〇九頁、大正九年七月十五日大判民錄二六輯九七三頁。

(註b) 曠道氏物上請求權の性質(判例批評)京法一三卷一五七八頁。

(註二) 同趣旨菅原氏民法論一卷一〇九頁、曠道氏要論一卷一〇八頁、石田氏總論一九頁。

曠道氏は、物権的請求權は常に原權に隨伴し之と運命を共にす、従て債權は絕對權を原權として成立したるものにても常に獨立して移轉し又は時効に因りて消滅し得るに反し、物権的請求權は原權より分離獨立して移轉し又は時効に因りて消滅すること能はざるものとす、と主張せらる。

穂積氏亦物上請求權たる目的物返還請求權を原權と分離して譲渡し得べきものに非ずと主張せらる(同氏總論一〇〇頁)。

吉田氏は、物権的請求權は獨立の權利に非ずして原權の一作用に外ならず、従て物権的請求權は原權と獨立して譲渡することを得ず、又原權と分離して消滅することなきものとす、と主張せらる(同氏總論三四頁)。

(註三) 末弘氏物權五四頁、石坂氏日本民法一一九五頁。

三浦氏亦物權的請求權(物權の支配力を回復することを目的とする請求權)も亦債權に準じて之を譲渡し得べしと主張せらる(同氏債權四六一頁)。

形成權と移轉性又は讓渡性

七 形成權と移轉性又は讓渡性

形成權は專屬性を有するものを除きては相續に因り相續人に移轉し得るを原則とし、單獨移轉も亦專屬性を有せざる限り其基本關係と共に之を許す。然れども形成權のみを獨立して譲渡し得ざるを原則とす(註一)。故に例へば選擇債權に於ける選擇權任意債權に於ける補充權の如きは各基本債權と獨立して譲渡することを得ず、解除權取消權買戻權も亦基本關係と獨立して譲渡することを得ず(註二)(註三)。第三者をして他人間の法律關係に干渉し其運命を左右するの結果を生ぜしむることは許すべきものに非ざればなり。尤も解除若は取消の效果として將來生ずべき原狀回復の請求權若は返還請求權の如きは之を譲渡することを得べし。

(註一) 同趣旨石坂氏私権の新分類京法二卷九八〇頁。

(註二) 同趣旨石坂氏日本民法一一一頁、同氏買戻権の譲渡に就きて志林一〇卷一一四二頁。

取消権及解除権に付き同趣旨西川氏取消権又は解除権の譲渡新報二三卷一號九二頁、解除権に付き同趣旨末川氏契總二〇八頁。

(註三) 買戻権は賣主たる地位と共に之を譲渡することを得(同趣旨鳩山氏債總三四四頁、同氏各論三六三頁、中村氏日本民法三九二頁、三瀨氏契約各論講義三九頁)。

反對磯谷氏、同氏は、買戻権は他の解除権又は取消権と異なり其基本たる買戻契約と一體を爲し之が内容を爲すものに非ず、換言せば基本たる権利と不可分の關係若は從屬的關係を有するものに非ずして別箇獨立の生命を認むることを妨げざるが故に普通買主が其買受けたる物件の交付を請求するの権利を第三者に譲渡することを得ると等しく賣主の有する買戻権を基本たる賣買の權利關係と分離して他に譲渡するに付き法律上何等の支障なきものと云はざる可からず、と主張せらる(同氏債總五七八頁)。

大審院判例亦買戻権を一種の債權なりと爲し其譲渡性を認む(明治三八年三月一〇日大判民錄一一輯三四四頁)。

八期待權と移轉性又は讓渡性

條件の成否未定の間に於ける當事者の權利義務即ち條件の成否未定期の期待權は一般の規定に従ひ之を相續又は讓渡し得ることは民法第一二九條に規定せる所にして別に説明を要せず。

第六項 永久性(劫久性) 附權利の存續期間

永久性の意義 一 永久性の意義

期待權と移轉性又は讓渡性

義

所有權と永久性

茲に所謂永久性とは權利が或期間を経過すること(存續期間又は消滅時効期間等の滿了)に因りて消滅することなく永久に存續し得べき性質を指稱す。

二 所有權と永久性

所有權は目的物の消滅他人の取得時効等の消滅原因の生ぜざる限りは永久に存續すべく、他の物權と異なり存續期間の滿了に因りて消滅することなく、又消滅時効に罹ることなし。從て所有權は永久性を以て其特質とす(註一)(註二)。然れども所有權の處分を目的とする法律行為に條件又は期限を附することは之を妨げず。蓋し終期附處分の場合に於ては終期の到來は單に所有者の更迭を來すのみにして所有權其ものが期限の到來と共に消滅するものに非ず。從て所有權の永久性を阻害するものに非ざるは勿論なり。而して此結果は解除條件附の場合に其條件の成就したるときにも生ずべく、始期附處分も亦毫も所有權の永久性を害することなければなり。

(註一) 通説なり。川名氏は所有權は永久性を有するを常とするも其性質を有することを必要とするものに非ずと主張せらる(同氏物權六〇頁)、山下氏は斯る性質は單に現行法の附與したるものなるに止まり所有權の本質上當然要求される性質には非ずと主張せらる(同氏物權概要八八頁、同氏物權三八二頁)。

三 所有權以外の物權と永久性

所有權以外の物權は孰れも永久性を有せず。然れば或物權が所有權なりや否を判定するには其或權利が永久性を有するや否を標準として之を決することを得べし。

一 永小作權の存續期間

永小作權の存續期間

所有權以外の物權と永久性

永小作權に付ては民法は特に其存續期間を限定し永小作權の存續期間は二十年以上五十年以下とす若し五十年より長き期間を以て永小作權を設定したるときは其期間は之を五十年に短縮すと規定し(二七八條一項)(註一)

(註二) 又民法施行前に設定せられたる永小作權に付ては民法施行法第四七條に於て其存續期間が五十年より長きときと雖其效力を有するものとし、唯其期間が民法施行の日より起算して五十年を超ゆるときは其日より起算して之を五十年に短縮することと爲せり。而して若し當事者が設定行爲を以て永小作權の存續期間を定めざりしときは其期間は別段の慣習ある場合を除く外之を三十年とし(二七八條三項)(註三)、民法施行前に期間を定めずして設定したる永小作權の存續期間は慣習に依り五十年より短き場合を除く外民法施行の日より五十年と爲せり(民法施行法四七條二項)。

永小作權は所有權と異なり永久性を有せず。從て永久無限の存續を目的とする永小作權を設定し得ざるは勿論尙叙上の如く民法は五十年を越ゆる存續期間の永小作權をも亦之が設定を許さざるなり。然れども民法は永小作權の設定を更新することを許し其期間は更新の時より五十年を超ゆることを得ざるものと爲せり(二七八條二項)。而して茲に永小作權設定の更新とは其存續期間の満了に先ち其満了と共に消滅すべき永小作權に代はるべき永小作權を新に設定することを云ふものにして、此場合に於ては其存續期間は更新の時より起算して五十年を超ゆることを得ざるものなり。蓋し期間満了の時より起算するものとせば實質上五十年以上の永小作權の設定を許したると何等異なることなく永小作權の最長期間を五十年と限定したる趣旨を没却するに至るを以てなり。

(註一) 民法が永小作權の長期を五十年に制限したるは其期間長きに過ぐるときは所有權と何等異なる所なく土地の流通

を妨ぐることを爲り適當ならずと認めたるに外ならず。又短期二十年以下にては土地に改良を加へて有利なる經營を爲すこと能はず、斯の如き場合には貸借を以て足ると認めたるに由るなり。故に二十年より短き永小作權は之を設定することを得ざると同時に、五十年より長き永小作權も亦之を設定することを得ざるなり。若し之より長き期間を以てするときは該永小作權の設定を全然無効とせず五十年を超えたる部分を無効とし其期間は當然五十年に短縮せらるることとなるなり。

(註二) 當事者が五十年より長き期間を以て永小作權を設定したる場合に於て、當事者が特に五十年以上の存續期間に重きを置き、若し五十年以下の永小作權ならば之を設定せざりし意思明白なる場合には、民法第二七八條第一項但書の規定は適用なく、設定行爲は全部無効となるものと解すべし(同趣旨末弘氏物權五八四頁、山下氏物權六一二頁)。

(註三) 民法第二七八條第三項は當事者が全然存續期間の定めを爲さざりし場合にのみ適用さるべき規定にして、當事者が永久無限の存續期間を定めたる場合の如きは同條に該當せず。第二七八條第一項但書の適用に依り其期間は當然五十年に短縮せらるべきものとす。但し當事者は存續期間の永久無限なることに重きを置きたること明にして期間を短縮して有效ならしむることが却て當事者の意思に反する場合に於ては固より設定行爲を全部無効と爲すべきものと解すべし(同趣旨末弘氏物權五八四頁)。

地上權の存續期間

2 地上權の存續期間

地上權も亦永小作權と同じく永久性を有せず。然れども地上權に付ては民法は永小作權に於けるが如く其存續期間の最長期間を限定することなし、從て設定行爲を以て其存續期間を永久無限ならしむることを得るやの疑問を生ず。此點に付ては學說岐れ、或は之を積極に解し(註一)、或は消極に解す(註二)。積極說の理由とする所は主として地上權に付ては永小作權の場合に於けるが如き制限的規定存せずと云ふに在れども、民法第二六八

條の趣旨より見れば永久無限の地上權を認めざるものと解するを正當とし、又之を通説と爲すなり。蓋し永久無限なる地上權を許すときは該地上權は殆ど土地の所有權と異なる所なく所有者をして永久に土地の支配權を剝奪することと爲り所有權の本質を害するに至ればなり(註三)。

永久無限の地上權の許すべからざることは叙上の如しと雖、苟も存続期間の存する以上は其期間は如何に長期と雖妨げなきものと解せざるべからず(註四)。蓋し存続期間の長短と永久無限とは單に分量の相違に非ずして性質上の相違に屬し全然其觀念を異にするものなればなり(註五)(註六)。

設定行為を以て存続期間を定めざりし場合に於ては

(1)別段の慣習例へば建物の朽廢又は竹木の伐採期を期限とするが如き慣習ある場合に於ては此慣習に従ふ(二六八條一項本文)。

(2)別段の慣習なきときは地上權者は何時にても其權利を拋棄することを得べし。然れども地上權が地代を支拂ふべき債務を伴ふ場合に於ては一年前に豫告を爲し又未だ期限の至らざる一年分の地代を拂ふことを要す(二六八條一項本文及但書)。是れ蓋し地上權の拋棄に因り同時に地代の債務をも消滅せしむるときは、土地所有者をして突然其收入を失はしめ損害を被らしむるを以て、土地所有者を保護せんとする目的に出でたるものなり。地上權に付き存続期間の定ある場合に於ては地上權者は何時にても其地上權を拋棄することを得べしと雖、若し地代債務を伴ふ場合に於ては残存期間の地代を支拂ふことを要するものとす(一三六條二項二六八條一項但書對照)。

(3)地上權者が右の方法に依り地上權を拋棄せず又後の協議を以て其期間を定めざるときは(註七)裁判所は當事

者の請求に因り二十年以上五十年以下の範圍内に於て工作物又は竹木の種類及狀況其他地上權設定當時の事情を斟酌して其存続期間を定む(二六八條二項)。此期間は裁判の日より起算すべきものに非ずして地上權設定の時より起算すべきものとす(註八)(註九)。所謂法定地上權(三八八條、立本法五條參照)に付ても亦當事者の請求に因り裁判所に於て此規定に則り二十年以上五十年以下の範圍内に於て其存続期間を定むべきものとす(註一〇)。

(註一) 明治三六年一月一六日大判民錄九輯一二四四頁、三淵氏新講五一五頁、中島氏釋義二卷五〇二頁、我妻氏法學全集三〇卷四二〇頁、同氏物權二一〇頁、吉田氏物權一五七頁、同氏借地借家法規解說二九頁以下。

大審院判例は尙又登録稅法第二條に依れば地上權に永代のものあるを認め之に登録稅を課したることを認め得ることをも根據と爲せり。中島氏の所說亦同じ。

(註二) 三瀨氏物權一五六頁、富井氏原論二卷一九九頁以下、橫田氏永久無限なる地上權の設定志林一〇卷三號一一頁以下、橫田氏物權四六四頁、梅氏要義二卷二三九頁、末弘氏物權四八八頁以下、法曹會決議永代地上權設定に關する件法曹二卷一號一三九頁、石田氏物權五四三頁、遊佐氏概論物權一五五頁、久保氏物權一五七頁、森山氏物權一四五頁。

(註三) 同趣旨三瀨氏物權一五七頁、橫田氏物權四六四頁、同氏永久無限なる地上權の設定志林一〇卷三號一二頁、富井氏原論二卷一九九頁。

(註四) 同趣旨末弘氏物權四九一頁、橫田氏永久無限なる地上權の設定志林一〇卷三號一三頁、三瀨氏物權一五七頁、石田氏物權五四二頁、早川氏物權一五八頁、森山氏物權一四三頁。

(註五) 同趣旨橫田氏永久無限なる地上權の設定志林一〇卷三號一三頁。

山下氏は、量は之を如何に多く集積するも質の變化にならぬことは一般の原則なるも、法律學殊に實證法學の領域に於ては斯る原則は必ずしも嚴守するの要なく、量の集積が遂に質を變化することあるを認め得べく、又認めざるべからず。第二編 第三章 權利及義務 第四款 權利の通有性及特有性

らず、故に一千年一万年と云ふが如きは實證法學の問題たる地上權の存續期間に就ては之を期間に非ずと解すべきなり、永久無限の地上權の設定を許せる大審院判例に反對するは可なるも、萬億と言ふが如き年限の間存續する地上權を認むることは之を許さずと主張せらる(同氏物權五六六頁)。然れども當事者が一万年一億年と云ふが如き存續期間を約するが如き場合は社會通念上當事者の意思は寧ろ永久無限の地上權を約したるものと解することを得べきを以て、此點より見て實際上一万年一億年と云ふが如き年限の間存續する地上權の如きは存在することなき結果となるべし。

(註六) 永久無限の存續期間を約したる地上權設定行為は無効のものと見るべきや將又存續期間の定めなきものとして有効と爲すべきやに付ては學說岐れ、或は之を存續期間の定めなきものと見るべしと爲し(註a)、或は之を當事者の意思解釋に依り決すべきものにして、當事者が永久無限に非ざれば地上權の設定を欲せざりし意思なりと見るべき場合に於ては設定行為は全部無効なるも、然らざる場合は存續期間の定めなきものと見るべしと爲す(註b)なり。後説を正當とす。

(註a) 梅氏永代地上權は期間の定なき地上權なり(判例批評)志林五六號三四頁、富井氏原論二卷二〇三頁、法曹會決議永代地上權設定に関する件法曹二卷一號一三九頁。

(註b) 末弘氏物權四九〇頁、三瀆氏物權一六〇頁、石田氏物權五四四頁、小池氏物權一八五頁、遊佐氏概論物權一五六頁、早川氏物權一五八頁。

(註七) 民法第二六八條第二項の規定は當事者が地上權を設定するに當り存續期間を定めざりし場合と雖後日當事者の協議を以て之を定むることを禁ずるの法意に非ず(同趣旨明治四年三月二三日大判民錄一六輯二三三頁、末弘氏物權四九五頁)。

(註八) 同趣旨富井氏原論二卷二〇二頁、梅氏原義二卷二三八頁、横田氏物權四六八頁、三瀆氏物權一五九頁、末弘氏物權四九七頁、石田氏物權五四五頁、川名氏物權一四三頁、我妻氏法學全集三〇卷四二四頁、同氏物權二一四頁、山下氏物權五六九頁、吉田氏物權一五八頁、遊佐氏概論物權一五七頁。

反對中島氏釋義二卷五〇五頁、同氏は裁判の時より起算すべきものとせらる。

(註九) 地上權設定後五十年を経過後當事者の一方が其期間を定めんことを裁判所に請求したるときは如何にすべきやに付ては問題なり。此點に付き梅氏は、民法第二六八條第二項の規定に基き裁判所は先づ其設定後二十年以上五十年以下の範圍内に於て工作物又は竹木の種類狀況其他地上權設定當時の事情を酌量して其地上權の存續すべかりし期間を定め且其期間經過後再び地上權の設定即ち更新ありしものと看做し前期間満了の時より更に二十年以上五十年以下の範圍内に於て其期間を定むべきものなりと主張せらる(同氏地上權設定後五十年を過ぎて當事者の一方が其期間を定めんことを裁判所に請求したるときは奈何すべきか志林三號七四頁)。

(註一〇) 地上權に付ては永小作權に於けるが如く存續期間の最短期を制限せざるを以て其存續期間は如何に短期と雖妨げなきものと云はざるべからず。然れども建物の所有を目的とする地上權に付き其存續期間を二年三年又は五年と云ふが如き極めて短き期間を約するが如きは地上權設定の目的と副はざること明なるを以て、斯の如き場合に於ては勿論當事者の意思解釋の問題なれども通常當事者は地上權の存續期間を約したるものに非ずして單に地代改定の時期を約したるものと解するを相當とす(同趣旨末弘氏物權四九三頁)。石田氏も亦斯の如き場合に於ては其期間は地上權其ものの存續期間と見るよりは寧ろ地代据置期間と解するを妥當とするを以て其地上權には存續期間定めなきものと解すべきものなりと主張せらる(同氏物權五四四頁)。

末弘氏は、借地法の適用を受くる地上權に付ては同法第二條第二項に「契約ヲ以テ堅固ノ建物ニ付三十年以上其他

ノ建物ニ付二十年以上ノ存続期間ヲ定メタルトキハ借地権ハ前項ノ規定ニ拘ラス其ノ期間ノ満了ニ因リテ消滅スル旨を規定せるを以て建物ノ所有を目的とする地上権ノ存続期間のみは三十年以上乃至二十年以上ならざるべからざるものと解すべしと主張せらる(同氏物權四九四頁)。

3 借地法上の所謂借地権の存続期間

借地法上の所謂借地権の存続期間

借地法上所謂借地権とは建物ノ所有を目的とする地上権及賃借權を云ふ(借地法一條)。而して賃借權は物權に非ずと雖便宜地上権と共に茲に其存続期間に付き説明すべし。

借地法上の所謂借地権に付ては、石造土造煉瓦造又は之に類する堅固の建物ノ所有を目的とする場合は六十年、其他の建物ノ所有を目的とする場合は三十年とし、建物が此期間満了前朽廢したるときは地上権は之に因りて消滅す。然れども契約を以て堅固の建物に付き三十年以上其他の建物に付き二十年以上の存続期間を定めたるときは借地権は其期間の満了に因りて消滅する旨借地法第二條に規定せり。而して此借地法第二條に規定せる六十年又は三十年の期間は地上権に關する限り其最長期間を示せるものなりや否に付ては疑あり。或は借地法第四條及第五條が殆ど無限の更新を認めたる點に徴するときは契約なき場合に於ける右六十年又は三十年の期間は最長期間をも限定したるものと解し(註一)、或は右は當事者が存続期間を定めざりし場合に對する補充規定に過ぎず、蓋し民法上地上権は數百年の長期に亘るも差支なきことと爲り居るに、元來借地権を保護し之を強固ならしむることを目的とせる借地法に於て遽かに之を六十年乃至三十年に短縮し夫れ以上の期間を許さざることと爲したるものと解するは極めて不合理なればなりと爲す(註二)なり。借地法第二條第一項と同第二項とを對照するときは右六十年又は三十年は借地権たる地上権の最長期間を定めたるものと解するは正當に非ざるべし。

從て後説の如く解するを正當と爲さざるを得ず(註三)、尤も賃借權に關する限り右規定は民法第六〇四條を改正したるものと解すべきは勿論なりとす(註四)。

契約を以て堅固の建物に付き三十年以上其他の建物に付き二十年以上の存続期間を定めたるときは借地権は其定められたる存続期間に従ふ(借地法二條二項)。從て當事者が堅固の建物に付き三十年其他の建物に付き二十年より短き存続期間を定めたるときは借地法第一一條に所謂第二條の規定に反する契約條件にして借地権者に不利なるものに該當するを以て同條に依り之を定めざるものと看做さるる結果、其存続期間は第二條第一項に依りて之を定むることと爲るを以て建物ノ所有を目的とする借地権は地上権たる賃借權たるを問はず二十年より短期の契約を許さざるものと解せざるべからず(註五)。

臨時設備其他一時使用の爲め借地権を設定したること明なる場合に於ては叙上存続期間に關する借地法第二條の規定は適用なし(借地法九條)。蓋し此種の借地権は臨時の目的の爲め設定せられたるものなるを以て長期の存続を必要とせざればなり(註六)。

借地権消滅の場合に於て建物あるときは借地権者は契約の更新を請求することを得べし(借地法四條一項)。此請求に對し土地所有者は必ずしも之を承諾することを要せずと雖、若し契約の更新を欲せざるときは土地所有者は時價を以て建物其他借地権者が權原に因りて土地に附屬せしめたる物を買取することを要す(同條二項)。當事者が契約を更新する場合に於ては借地権の存続期間は更新の時より起算し堅固の建物に付ては三十年其他の建物に付ては二十年とす、但し建物が此期間満了前朽廢したるときは借地権は之に因りて消滅す(借地法五條一項)。當事者が更新せられたる借地権に付き三十年又は二十年より長き存続期間を定めたるときは其定に従ふべし。

きものとす(同條二項)(註七)。

尙借地法は借地権者が借地権の消滅後土地の使用を繼續する場合に於て土地所有者が遲滯なく異議を述べざりしときは前契約と同一の條件を以て更に借地権を設定したるものと看做し(默示の更新)、此場合に於ける借地権の存續期間に付ては契約に依る更新の場合に於ける存續期間に關する第五條第一項の規定を準用せり(同法六條)。而して此等契約の更新に付ての特則は臨時設備其他一時使用の爲め借地権を設定したること明なる場合には其適用なきものとす(同法九條)。

叙上建物の所有を目的とする地上權及賃借權に付き適用ある借地法は別に勅令を以て指定されたる一定の市街地に於てのみ適用せらるるものなるを以て、地上權及賃借權に關する民法の規定が此特別法の爲め其適用を失ひたるものに非ざること勿論なりとす。

(註一) 三瀆氏物權一六一頁、同氏借地法借家法八四頁。

(註二) 末弘氏物權四九二頁、同趣旨石田氏物權五四三頁、我妻氏物權二二二頁。

(註三) 同趣旨鳩山氏各論五〇九頁、藥師寺氏借地法借家法論三五頁。

(註四) 同趣旨末弘氏物權四九二頁。

(註五) 同趣旨鳩山氏各論五一〇頁。

(註六) 從て此種の借地權に在りては存續期間の定めあらば當然之に依るべく特に存續期間の定なきときは其臨時の目的終了に因り借地權は終了するものと解すべきものとす(同趣旨鳩山氏各論五一〇頁)。

(註七) 存續期間の更新に付ては民法は永小作權に付き第二七八條第二項に、不動産賃權に付き第三六〇條第二項に、賃借

權に付き第六〇三條第六〇四條第二項に各規定を設く。然れども永小作權に付ては「永小作權ノ設定ハ之ヲ更新スルコトヲ得云々」と規定し不動産賃權に付ても亦「不動産賃ノ設定ハ之ヲ更新スルコトヲ得云々」と規定せるに反し、賃借權に付ては前條の期間と云ひ或は前項の期間(何れも賃借の存續期間を意味す)と云ひ之を更新することを得る旨規定せるを以て、此兩者間には差異あるものと解せざるべからず。前者即ち設定は之を更新することを得と云ふは永小作權又は不動産賃權の存續期間の滿了前其滿了と共に消滅すべき此等權利に代るべき永小作權又は不動産賃權を設定することを意味し、後者即ち期間は之を更新することを得と云ふは既存の賃借に付き期間のみを更新すること即ち既存の賃借中單に其存續期間に關する定めのみを廢止し新に期間を定むることを意味するなり。故に前者の場合に於ては從來の權利の設定を廢し該權利を消滅せしむると同時に更に同一權利を設定するものにして單に期間のみを更新するものに非ざるに反し、後者の場合に於ては從前の賃借終了前當事者が其賃借の同一性を害せずして單に其期間のみを更新し依て賃借權の存續期間を更新せしむるなり(註a)。

叙上の更新は何れも其存續期間の滿了に先ち爲さるる場合なるも借地法上の借地權に付ての更新は借地權消滅の場合に於て爲さるべきものなることは同法第四條第一項に「借地權消滅ノ場合ニ於テ建物アルトキハ借地權者ハ契約ノ更新ヲ請求スルコトヲ得」とあるに徴し明にして、又契約の更新とあるに徴し單に期間の更新に非ずして消滅したる契約に代へ新に借地契約を締結することを意味すること亦明なり(註b)(註c)。

(註a) 賃借の期間更新の意義に付き同趣旨鳩山氏各論四四六頁、末弘氏各論五六七頁、岡村氏各論三二六頁、磯谷氏各論五二五頁、中村氏各論二七七頁。

永小作權及不動産賃權の更新の意義に付き同趣旨中島氏釋義二卷五三四頁九五六頁。

(註b) 同趣旨三淵氏新講五三七頁。

(註c) 民法が契約の更新なる文詞を使用せるは共有物不分割契約の更新にして第二五六條第二項是れなり。但此場合の契約の更新は既存契約に定めたる存続期間満了前に之を爲すことを要するものと解すべき點に於て借地契約の更新と異なる。

尤も此點に付ては異説ありて、不分割契約に於ける五年の期間は五年の期間經過の後更に更新することを得べく唯更新の時より五年を超ゆることを得ずと爲すも(三淵氏新講五〇二頁)、正當に非ず。

地役權と永久性 4 地役權と永久性

古羅馬法に於ては地役權の設定行為に條件期限等を附することを許さず、永久性を有するものとせられたるも、後には之に條件期限等を附することを許すに至りたり。現今の法制に於ては永久性を以て地役權の特色と爲すことなく又固より地役權は永久性を以て其本質と爲すものに非ず(註一)。從て有期の地役權の設定を妨げざるは勿論我民法に於ても此點に付き何等之を許さざる理由あることなし。然らば設定行為を以て永久無限の地役權を成立せしめ得べきや。學説は總て之を肯定す(註二)。蓋し永小作權及地上權に付ては永久無限のものを認め得ざること既述の如しと雖、地役權に付ては承役地の所有者をして其占有を失はしむることなく、其外承役地の利用を甚しく害せしめざる限度に於て要役地の便益を得せしむることを其本來の目的とするものなるを以て、縱令永久無限の地役權の設定を認むるも之が爲め承役地の利用が爲に著しく害せらるることなく、承役地所有權の本質を害することなければなり(註三)。

(註一) 富井氏は地役權の永久無期なることは其要素に非ずして一の常性なりとせらる(岡氏原論二卷二五二頁)。

(註二) 富井氏原論二卷二五二頁、三浦氏物權二〇六頁、末弘氏物權六三三頁、横田氏物權四九七頁、中島氏釋義二卷五三

八頁、岩田氏物權一〇一頁、石田氏物權五九〇頁、山下氏物權六四二頁、小池氏物權二〇四頁、我妻氏物權二六八頁。
(註三) 末弘氏は永久の地役權を設定したる以後に至り四圍の事情著しく變化したる結果地役權存続の主張を許すことが地役權制度本來の目的其他公序良俗に反すと認められ又は合理性を缺くに至れるときは權利は之に因りて消滅せざるべからずと主張せらる(岡氏物權六三三頁)。

不動産質權の存続期間

5 不動産質權の存続期間

民法は不動産質權に付ても亦特に其存続期間を限定し不動産質權の存続期間は十年を超ゆることを得ずと規定せり(三六〇條一項前段)。蓋し不動産質權者は利益權を有するを以て其存続期間永きに亘るときは其不動産の改良及流通を妨げ一般經濟上不利なるを以てなり。然れども十年を超えたる不動産質權の設定契約と雖全部無効なるには非ずして其期間は法律上當然十年に短縮せらるるものとす。又此存続期間は之を更新することを得るものにして、此場合に於ても亦其期間は更新の時より十年を超ゆることを得ざるものとす(三六〇條一項後段二項)。從て十年以上の辨濟期限を附したる債權に付き其成立と同時に不動産質權を設定したるときは十年の後は當然質權は消滅すべく、若し質權を存続せしめんとするときは之が更新を爲さざるべからず(註一)。不動産質權は設定契約に於て其存続期間を定めざりしときと雖質權の成立には何等妨げなきものとす。即ち此場合に於ては當事者の意思を察し質權は其擔保する債權の存続する限り存続し、若し債權の存続期間が十年を超ゆる場合に於ては十年後に至り更新を爲さざる限り質權は當然消滅するものと解するを相當とす(註二)(註三)。

(註一) 同趣旨三浦氏擔保物權四一五頁、富井氏原論二卷五〇五頁。

(註二) 同趣旨中島氏釋義二卷九五五頁。

(註三) 三浦氏は、此場合之を意思解釋の問題とし即ち無期の意味なりしときは設定契約を無効とすべきも多くの場合に於ては十年以内に於ける債權の存続期間に伴ふべき意思と見るべきなり、但固より此以外の意思解釋を下し得べき場合も亦之を推測し得べしと主張せらる(同氏擔保物權四一六頁)。

債權と永久
性債權は永久
性を有せず

四 債權と永久性

1 債權は永久性を有せず

債權關係は特定人即ち債權者が特定人即ち債務者に對して一定の行爲を要求する權利を有する法律關係にして、此債權者及債務者間に於ける債權的法鎖は一定の目的を達せんが爲に存するなり。物權を有する者は直接に目的物を支配し其目的物に就き利益を享受し得るに反し債權に在りては然らず。債權の目的は債權を物權又は物權的價値に轉換せんとするに在り。故に債權の發生のみに因りては債權者の利益は未だ全ふせらるることなく債權は未だ其目的を達することなし。債權の目的は債務者の行爲を通して債權が物權又は物權的價値に轉換することに因り達せられ消滅するものとす。債權者の利益は現在且既存の利益に非ずして債務者の行爲に因りて發生すべき將來の利益なり。従て債權者は此利益を得て其目的を達せんことに努め又之を達するに因りて債權は消滅すべきは當然なり。即ち債權は現在に於ては未だ満足されざる私權にして債權の満足は即ち債權自體の消滅なり(註一)。然れば債權は性質上一時的の存在を有し其發生の時より其消滅を豫期せられ必ず早晚消滅すべき權利にして永久無限に存在すべき權利に非ず(註二)。

債權は叙上の如く原則として其消滅を目的とし債權の満足は即ち債權自體の消滅なりと雖、債權の種類に因りては其繼續を目的とする場合あり。例へば貸貸借委任雇傭組合等の如き又不作爲給付を目的とする債權の如き是れなり。然れども此等の債權と雖其性質上勿論永久無限に存在するものに非ず(註三)。

(註一) 同趣旨石坂氏日本民法二八頁一三六三頁、石田氏債權の本質と責任論叢二〇卷五八〇頁。
(註二) 同趣旨石坂氏日本民法一三六三頁、川名氏債權四八二頁。
(註三) 同趣旨石坂氏日本民法一三六三頁。

賃借權の存
続期間

2 賃借權の存続期間

民法は賃借權の存続期間に付き制限を設けたり。

イ 第六〇四條第一項に依る制限

賃借權の存続期間は二十年を超ゆることを得ず、若し之より長き期間を以て賃借借を爲したるときは其期間は之を二十年に短縮す(六〇四條一項)。

賃借權は既に述べたる如く其性質上永久無限に存在するものに非ず(註一)。又縱令永久ならざる場合に於ても之を長期に亘り存続せしむるときは目的物の使用収益を爲し得る賃借權の性質上目的物の經濟的利用に付き種の弊害あり。殊に長期間他人の物に付き使用収益を爲すべき需要は特に土地に付き之を生ずるものにして、土地に付ては永小作權又は地上權を設定して此需要に應じ得るを以て、民法は永小作權等の存続期間より短く賃借借の最長期を二十年に限定することに因り賃借權の存続期間を限定せり。

二十年より長き期間を以て賃借借を爲すとは三十年五十年と云ふが如く明に二十年以上の期間を定めたる場合にのみに限らず、地上の建物朽廢に至るまでと云ふが如く不確定的に之を定むる場合と雖該建物が二十年以上を經過するに非ざれば朽廢せざる場合に於ては尙之を包含するものとす(註二)。

第六〇四條
第一項に依
る制限

(註一) 賃借権は其性質賃借権なるを以て債権の性質上永久無限に存続するものに非ざること既に債権の性質に付き述べたる所なるも、此債権に附隨して賃借物を使用収益する権能あるを以て若し永久無限の賃借権を成立せしむることを許すときは既に地上權に付き説明せると同じく該賃借権は其目的物の所有權と異なる所なく所有者をして永久に土地の支配權を剝奪することと爲り所有權の本質を害するに至る。故に此點に於ても亦永久的賃借権の設定は之を認むべからざるものとす。

(註二) 同趣旨鳩山氏各論四四五頁、末弘氏各論五六六頁、岡村氏各論三二五頁、大正四年五月三日同九年一月一日大判民錄二一輯二八頁二六輯一六九七頁、磯谷氏各論五二四頁。

第六〇二條に依る制限

第六〇二條に依る制限

處分の能力又は權限を有せざる者が賃借借を爲す場合に於ては其賃借借は左の期間を超ゆることを得ず(六〇二條)。從て此賃借借契約に因りて生ずる賃借權の存續期間も亦自ら同一の制限を受く。

- a 樹木の栽植又は伐採を目的とする山林の賃借借は十年
- b 其他の土地の賃借借は五年
- c 建物の賃借借は三年
- d 動産の賃借借は六個月

賃借借を爲すことは本來管理行爲にして、處分の能力又は處分の權限を必要とするものに非ざれども、長期の賃借權の設定は賃借人に重大なる利害關係あるを以て、民法は叙上の期間を超ゆる賃借權の設定を以て、處分行爲と同一視し叙上の如き制限を設けたるものなり。

茲に處分の能力を有せざる者とは管理能力を有するも處分能力なき者を云ひ、處分の權限を有せざる者とは他人の財産に付き管理權限あるも處分の權限を有せざる者を云ふ(註一)。從て前者に屬する者は準禁治産者にして、後者に屬する者は權限の定なき代理人(二〇三條)、不在者の財産管理人(二八條)、相續法人の管理人(二〇五三條)、妻の財産を管理する夫(八〇二條)及後見人(九二九條)等是れなり(註二)(註三)。

處分の能力又は權限を有せざる者が第六〇二條所定の期間より長き期間を以て賃借借を爲したるときは其賃借借の效力如何。此場合に於ては第六〇四條の如く所定の期間に短縮する旨の規定なきを以て疑問を生ず。或は(一)此場合に於ては特別の規定なきを以て能力及權限に關する各箇の規定に従ひ之を決定せざるべからずと爲し、從て無能力者が其能力の制限を超えたる場合には取消し得べきものと爲るべく(一二條三項)、代理人が其權限を踰越したる場合には無權代理行爲と爲ると爲し(註四)、右の外尙夫が妻の同意を要する場合の如く自己の名に於て爲すべき行爲に於て其權限を超えたる場合には之を無効と解すべしと爲し(註五)、或は(二)全然之を無効と爲し(註六)、或は(三)第六〇二條の制限内に於ては完全なる效力を生じ若し相手方に於て同條の制限内ならば賃借借を爲さざるべかりしときは第五九條に従ひ第五六三條の準用に依り契約を解除し得るものと解するを相當とすべしと爲すなり(註七)、第一の前説を正當とす。然れども此效力は賃借借の期間全部を不可分として生ずるものと解するは(註八)非なり。當事者が其期間を可分とし第六〇二條の制限内のみにても賃借借を爲すべき意思を有する場合に於ては、期間は之を第六〇二條の期間に短縮し該期間内に於ては完全に效力を生ずるものと解するを正當と信ず(註九)。

(註一) 同趣旨鳩山氏各論四四八頁、末弘氏各論五七〇頁、梅氏要義三卷六三〇頁、磯谷氏各論五二九頁、三浦氏契約各論

講義七〇頁、横田氏不動産質権者と民法第六〇二條新報二一卷九號八八頁。

(註二) 未成年者及禁治産者は管理能力をも有せざる者なるを以て茲に所謂處分の能力を有せざる者の中に包含せず。又妻は民法第一四條の制限範圍内に於てのみ無能力者とせらるるものにして而も貸借契約の締結は右第一四條に依り制限せられざるを以て又右處分の能力を有せざる者の中に包含せられず(同趣旨鳩山氏各論四四八頁、末弘氏各論五七〇頁、岡村氏各論三二七頁、中村氏各論二七九頁)。

但し比點に付ては異説ありて、或は未成年者及妻も亦此内に包含すと爲し(清瀬氏各論一五六頁)、或は右の外尙禁治産者をも包含すと爲し(横田氏各論四九四頁、岡村氏處分の能力又は權限なき者が爲したる長期貸借の效力志林一〇卷五號五七頁、尙ほ岡村氏は債權各論四九四頁に於て民法に處分の能力なき者とは未成年者(管理能力を享有するも處分の能力を有せざる者)準禁治産者妻の財産を管理する夫後見人の類を謂ふと主張せらる)、或は準禁治産者の外妻を包含すと爲し(遊佐氏原理七一頁)、或は準禁治産者の外未成年者を包含せしむ(吾孫子氏債權三七〇頁)。

(註三) 末弘氏及大谷氏は親權を行ふ父又は母(八八四條)をも處分の權限なき者の中に包含せしめらるるも(末弘氏各論五七一頁、大谷氏各論一一八頁)、第八八四條と第八八六條とを比較對照するときは親權を行ふ父又は母は未成年の子に代はりて處分行爲を爲し得ること明なるを以て岡村氏の此説は正當に非ず(同趣旨鳩山氏各論四四九頁、中村氏各論二八〇頁、三瀨氏契約各論講義七一頁)。

(註四) 横田氏各論四九六頁、梅氏要義三卷六三一頁、大谷氏各論一一九頁。

(註五) 鳩山氏各論四四九頁、末弘氏各論五七二頁、(同趣旨)遊佐氏原理七一頁、小池氏各論一一八頁、中村氏各論二八〇頁、磯谷氏各論五二九頁、三瀨氏契約各論講義七一頁。

此説を採る學者中後見人が親族會の同意を得ずして第六〇二條に違反する貸借を爲したる場合の效力に付き學說岐

る。或は(一)後見人は代理人として管理行爲を爲すものなるが故に其代理權の補充を得ざる場合には代理權を超越したるものと解すべしと爲し(鳩山氏各論四五〇頁、横田氏各論四九六頁、鳩山氏民法第百十條の適用範圍(判例批評)法協三四卷一一七頁)、或は(二)後見人は親族會の同意を得ることを要すとの規定あるに止まり違反行爲の結果如何に關して何等別段の規定なき場合には之を無効と解するの外なし、蓋し法定要件を缺ける行爲は別段の規定なき限り無効と解するを正當とすればなりと爲し、尙前説を駁し後見人の得べき同意は親族會の同意にして被後見人即ち本人の同意に非ざるが故に代理の場合と趣を異にすと主張す(末弘氏各論五七二頁)。

(註六) 清瀬氏各論一五六頁、明治三八年一月二五日大判民錄一一輯四一頁。

(註七) 岡村氏各論三二八頁。

(註八) 横田氏各論四九七頁。

(註九) 同趣旨鳩山氏各論四五〇頁、三瀨氏契約各論講義七一頁。

存續期間の更新

ハ存續期間の更新
貸借權の存續期間は之を更新することを得べし。民法は第六〇四條第二項に於て貸借の存續期間は之を更新することを得べき旨を定むるを以て結局之に因り貸借權の存續期間の更新を生ずるなり。而して當事者が貸借の期間を更新する場合に於ては貸借權の存續期間は更新の時より起算し二十年を超ゆることを得ず(六〇四條二項)(註一)。

處分の能力又は權限を有せざる者が第六〇二條所定の制限内に於て爲したる貸借の期間も亦之を更新することを得べし、但其期間滿了前土地に付ては一年内建物に付ては三个月内動産に付ては一个月内に其更新を爲す

ことを要す(六〇三條)。蓋し賃貸借成立後何時にても更新することを得るものとせば間斷なく更新して期間の制限を回避し民法が此制限を設けたる趣旨に反する結果を生ずるを以て更新し得る時期を一定したるものなり。而して此場合に於ける期間更新の意義及効果は總て第六〇四條の場合と同一に解すべきを以て更新せられたる期間は更新の時より進行すべく(註二)、又其期間は第六〇二條の制限内なるを要す(註三)(註四)。

(註一) 期間更新の意義及效力に付ては既に借地法に所謂借地権の存続期間の説明の註六に於て説明したるを以て茲に再説せず。

(註二) 同趣旨末弘氏各論五七三頁、三瀧氏契約各論講義七二頁。

反對岡村氏各論三二九頁、大谷氏各論一一〇頁、村上氏各論三四七頁、岡松氏理由債權次二〇四頁。同氏等は孰れも更新に因る期間は従前の期間満了の時より起算すべきものとせらる。

(註三) 同趣旨末弘氏各論五七三頁、鳩山氏各論四四六頁、横田氏各論四九五頁、村上氏各論三四七頁、磯谷氏各論五三〇頁、三瀧氏契約各論講義七二頁。

(註四) 更新は一の契約なるを以て將來更新を爲すべき旨の豫約を爲すことを妨げず。然れども其約したる期間が豫約の時より起算して二十年以上に亘ることを許さざるは第六〇四條に徴し明なるを以て二十年以下の範圍内に於てのみ有效なるは勿論なりとなす(同趣旨鳩山氏各論四四七頁、末弘氏各論五六九頁、中村氏各論二七七頁)。又處分の能力又は權限を有せざる者が第六〇二條所定の制限内に於て爲したる賃貸借を更新する場合に於ては又第六〇二條の制限に從はざるべからざることは既に述べたる如くなるを以て、此更新契約に付て豫約を爲す場合に於ても亦同様豫約の時より起算して第六〇二條所定の期間の制限に從はざるべからず。而して若し此期間を超過したる豫約の效力に付ては此

黙示の賃貸借更新

二 黙示の賃貸借更新

期間を超過したる更新の效力如何に付き述べたる所と同様に解すべきものとす。

民法は普通の場合に於ける當事者の意思を忖度し黙示の更新に關する推定規定を設く。即ち當事者が賃貸借の期間満了の後賃借人が賃借物の使用又は収益を繼續する場合に於て賃借人が之を知りて異議を述べざるときは前賃貸借と同一の條件を以て更に賃貸借を爲したるものと推定せり(六一九條一項)。又借家法に於ては「賃貸借ノ期間満了ノ後賃借人カ建物ノ使用又ハ収益ヲ繼續スル場合ニ於テ賃借人カ遲滞ナク異議ヲ述ヘサリシトキハ前賃貸借ト同一ノ條件ヲ以テ更ニ賃貸借ヲ爲シタルモノト看做ス」と規定し(二條)、民法に於ては賃貸借の更新を推定したるに止まるに反し、借家法に於ては之を擬制し之に反する當事者の主張を許さざるものとせり。此黙示の更新に依る新賃貸借は前賃貸借と同一の内容を有するものなることは勿論なるも、新賃貸借の存続期間をも前賃貸借と同一なるものと推定又は看做したるものなりやに付ては民法は各當事者をして更新せられたる賃貸借を第六一七條の規定に依りて契約の申入を爲すことを得しめ居れるを以て(六一九條一項但書)、民法は新賃貸借の存続期間をも前賃貸借と同一なるものと推定したるものに非ずして新賃貸借は其存続期間の定なきものと爲したるものなること明なりと雖、借家法に於ては此點に關し何等民法に於けるが如き規定なきを以て存続期間も亦前賃貸借と同一と看做したるものと解せざるべからず(註一)(註二)。而して右更新に因る新賃貸借は前賃貸借の期間満了と同時に成立したることとなるなり。

賃貸人の異議を述べべき期間に付ては民法に於ては單に「之ヲ知リテ」と云ひ(六一九條)、借家法に於ては「遲滞ナク」と在れども(二條)、民法に於ける場合も亦借家法の場合も共に同様の意に解すべく、從て異議は知りた

る後遅滞なく之を述ぶることを要するものとす(註三)。尙貸賃人が之を知れることは黙示の貸賃借更新の要件なるを以て之が舉證の責任は更新の事實を主張する者に在るものとす。

黙示の更新は存続期間の定ある貸賃借が期間の満了に因りて終了したる場合に適用あるは明なるも(民法六一九條、借家法二條參照)、期間の定なき貸賃借が解約申入に因りて終了したる場合に於ても尙適用ありや。此點に於ては借家法には黙示の更新に關する規定を解約申入に因りて終了したる貸賃借にも準用する旨の規定存するを以て(三條三項)、借家法の適用を受くべき貸賃借に於ては問題なしと雖、民法第六一九條に於ては單に「貸賃借ノ期間満了後」と規定せるを以て其解釋上疑問の存する所にして之を同條の文詞上より見れば之を消極に解すべきが如しと雖、寧ろ之を積極に解するを正當とす(註四)。然れども貸賃借が契約解除に因りて終了したる場合に於ては固より右更新規定の適用なきものと解せざるべからず。蓋し對人信用關係を基礎とする繼續的債權關係なる貸賃借に於て貸賃人が貸賃人の義務不履行に因り貸賃借契約を解除するは是れ即ち貸賃借の存続を欲せざる意思の存在を明に表示せるものと云ふことを得ればなり(註五)。尤も此場合に於ても尙黙示の更新の規定の適用ありと解することが却て妥當なる結果を招來し且此見解は必しも衡平の觀念に背反することなく尙とも積極説に従ふことを利益とする場合ありと爲す説あり(註六)。

(註一) 同趣旨三浦氏借地法及借家法二四頁、藥師寺氏借地法借家法論一七四頁、吉田氏借地法借家法規解九五頁、廣瀬氏貸賃借の黙示の更新に就いて法協四七卷四三七頁。

(註二) 借地法に於ては黙示の更新の場合には前貸賃借の期間に依ることなく別に其存続期間を法定せり(借地法六條末段)

(註三) 同趣旨鳩山氏各論五〇一頁、三浦氏借地法及借家法二七頁、岡村氏各論三七三頁。

(註四) 同趣旨廣瀬氏貸賃借の黙示の更新に就いて法協四七卷四一七頁。

(註五) 同趣旨吉田氏借地法借家法規解五〇頁。

(註六) 廣瀬氏前掲論文法協四七卷四一八頁。

借地法上の特別

本建物の所有を目的とする土地の賃借權の存続期間に付き借地法の規定する特別右特別に付ては既に説明したるを以て再説せず(本書二卷四一八頁以下參照)。

賃借權と存続期間の最短期の制限

賃借權に付ては永小作權に於けるが如く存続期間の最短期を制限せざるを以て、地上權に付き述べたると同様如何に短期と雖妨げなきものと云はざるべからず。然れども建物所有の爲にする土地の賃借權に付き其存続期間を二年三年と云ふが如き極めて短き期間を約するが如きは、斯の如き目的の爲に締結せられたる賃借權の目的と副はざること明なるを以て、斯の如き場合に於ては勿論當事者の意思解釋の問題なれども通常當事者は賃借の期間從て賃借權の存続期間を約したるものに非ずして賃料改定の時期を約したる等他の意義を有するものと解するを相當とす(註)。

(註) 同趣旨鳩山氏各論四五頁、末弘氏各論五七四頁、磯谷氏各論五二六頁。

從來下級裁判所の判例は一般に二年又は三年と云ふが如き短期にて建物所有の爲にする土地の賃借權を爲したる如き場合に於ては其期間の定めは單に例文たるに止まり寧ろ賃料改定の期間を定めたるものと解すべしと爲せり。三浦氏は此等判例が期間の定めを例文なりと爲したるに對し之を攻撃して、斯の如きは契約自由の原則を無視したるものにして所謂例文なりとの一事を以て效力の有無を決すべきに非ず、其期間が存続期間なりや地代据置期間なりやは一に證據に依

りて決せざるべからずと主張せられ(同氏物權一五八頁、同氏土地賃借の期日と地代据置の期間志林一四卷一號二〇頁、同氏短期借地證書の效力問題法協三二卷一二四〇頁以下、尙ほ同氏契約各論講義七〇頁)、其他學者多く右判例が當事者の意思を探究せずして單に例文たるが故に拘束力なしと爲すを非難す(鳩山氏各論四五頁、末弘氏各論五七五頁)。

使用借權の存續期間

3 使用借權の存續期間

使用貸借に於ける借主は其目的物の使用収益を爲し得べき權能を有す。然れども此權能は直接其目的物に付き使用収益を爲し得ることを内容とする獨立の權利に非ずして貸主の負擔する使用収益忍容の義務に對する債權を借主の有する結果其債權に從として存する貸主の使用収益の權能を行使し得る權能なり(註一)。此等使用貸借に因り借主の有する權利を使用借權と稱せん。

使用借權の存續期間に付ては賃借權の如く其最長期を制限せざるを以て永久に非ざる限り如何に長期の使用借權と雖之を約することを得べく、從て此場合には此期間の満了に因り使用借權は消滅し借主は其借用物を返還することを要することと爲る(五九七條一項)。然れども民法は他の一面に於て使用貸借は借主の死亡に因りて其效力を失ふ旨を規定し(五九九條)、此規定は強行法規に非ざるを以て當事者之に異なる特約を爲すことを妨げざれども此特約なき限りは使用借權は借主の死亡を以て消滅することと爲るなり(註二)。尙民法は貸主の死亡を以て使用借權消滅の原因と爲さず。

當事者が使用借權の存續期間を定めざりしとき即ち民法に所謂當事者が返還の時期を定めざりしときは借主は契約に定めたる目的に従ひ使用及収益を終はりたる時に於て使用借權は消滅し借用物の返還を爲さざるべから

ず(五九七條二項本文)。但借主が使用収益を終はらざるも使用及収益を爲すに足るべき期間を経過したるときは貸主は直に使用貸借契約の告知に因り使用借權を消滅せしめ目的物の返還を求むることを得べく(同條二項但書)(註三)。尙當事者が返還の時期又は使用及収益の目的を定めざりしときは貸主は何時にても告知に因り使用借權を消滅せしめ目的物の返還を請求することを得べき(五九七條三項)旨民法は特別の規定を設けたり。

(註一) 同題旨鳩山氏各論四三二頁。

(註二) 民法が借主の死亡を以て使用貸借終了の原因と爲したるは蓋し使用貸借が無償契約たるの性質上通常借主の特定人なることに重きを置くものと觀たるが爲めなり。

(註三) 民法第五九七條に所謂「返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得」と規定せるは、貸主の一方的行爲に依りて使用貸借を終了せしめ得る權利を附與したるものにして、此權利は所謂告知權なりとす(同題旨鳩山氏各論四三八頁、末弘氏各論五五五頁)。

人身權と永久性

五 人身權と永久性

人身權は權利者の人格又は身分と始終し之と分離することを得ざる利益を内容とする權利にして、其人に專屬するものなるを以て、人格又は身分の存在する限り存在し、消滅時効に因り消滅し或は又一定の存續期間を定むることを得ざる權利なるも、所有權の如く永久無限に存續し得る權利に非ず。又債權の如く其消滅を豫期して一時的の存在を有するものに非ず。唯人格又は身分の存續する限り之に伴ひ存續する永續的性質を有するものなり(註)。

(註) 石坂氏は人身權に屬する親族權に付き親族權は永久的にして債權が偶然に發生し一時的なると異なると説明せられ

(同氏日本民法二九頁)、富井氏亦親族權は道德上の身分關係に根柢す、而して其基本たる關係は自然的に存立し債權關係と發生の状態を異にす、從て之より生ずる權利義務も亦包括的且永續的にして債權の如き特個且限時的の行爲を目的とするものと大に趣を異にするものなり、と主張せらる(同氏原論三卷二〇頁)。

第七項 不可分性

地役權の不可分性

一 地役權の不可分性
地役權の不可分性は羅馬法以來認められたる原則にして又各國法制の認むる所なり。地役權は設定行爲を以て定めたる目的に従ひ他人の土地を自己の便益に供する物權なるを以て部分的に設定せられ又は取得されることを得ず。又土地の一共有部分即ち持分に付き取得し又は地役權に服從せしむることを得ず地役權は必ず全部的に取得し又全部的に消滅せしめざるべからず。此等地役權の不可分性に付ては地役權の性質を説明するに際し詳細に説明したるを以て其部分を参照せらるべし。茲に之を再說せず(本書一卷二六九頁以下)。

擔保物權の不可分性

二 擔保物權(及準擔保物權)の不可分性
擔保物權の不可分性(Untheilbarkeit)は擔保物權一般の特性にして擔保物權を有する債權者が其債權全部の辨濟を受くる迄其擔保物の全部に付き其權利を行使し得ることを云ふ。即ち債權の可分なると不可分なると債務者が一人なると數人なるとを問はず擔保物權は債權の全部及各部に付き不可分的に目的物の全部の上に存し、又擔保物權は其目的物の各物を以て債權の全部を擔保するものにして債權の分割又は減縮ありたる場合に於ても之に因りて目的物の分割又は減縮を生ずることなく、又目的物の分割又は減縮ありたる場合に於ても亦之に

依りて擔保せらるる債務の分割又は減縮を生ずることなく殘部を以て債權の全部を擔保するものとす。從て債權の一部辨濟あるも殘部の辨濟ある迄目的物の全部に付き債權者は其權利を行使し得べく、又債權の一部が讓渡せられたる場合に於ても擔保物權は分割せらるることなく債權の一部讓渡人及一部讓受人が之を共有することと爲るなり(二六四條參照)。

此擔保物權の不可分性に付ては民法は留置權に付き其第二九六條に於て「留置權者ハ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルマテハ留置物ノ全部ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得」と規定し、此規定を同第三〇五條、第三五〇條、第三七二條に依り留置權以外の擔保物權にも準用し擔保物權に不可分性を有せしむることを明にせり。蓋し擔保物權は債權に従たる權利として存する他物權にして、債務の擔保を以て其目的と爲すものなりと雖、當然に不可分の性質を有するものに非ず。即ち擔保物權の不可分性は擔保物權の本質上の性質に非ず(註一)。故に若し擔保物にして分割し得べきものなるときは論理上擔保物權も亦可分的に存し得べきものと云はざるべからず。然れども若し此理論に依るときは擔保の效力十分ならず、債權者は完全に其債務の辨濟を受くること能はざるに至るを以て、民法は債權者の利益を保護し擔保物權に付き不可分の性質を有するものと爲したるものなるを以て、當事者が擔保物權より此性質を除外することを得べし。即ち擔保物權の不可分性に關する叙上の規定は強行法規に非ざるを以て當事者が之と異なる意思表示を爲したるときは其意思に従ふべきものとす(註二)。

(註一) 同趣旨小池氏物權二二二頁、富井氏原論二卷三〇一頁、三瀨氏擔保物權二二頁。

反對遊佐氏概論物權二一四頁。

(註二) 同趣旨法曹會決議留置權可分の契約に關する件記事三二卷三〇七頁、富井氏原論二卷三〇一頁、三瀨氏擔保物權二

反對山下氏。同氏は不可分の原則は擔保物權に付き認めざるべからざる必然性を有するものには非ざるも此不可分性を排除する物權的特約は擔保物權の法定の内容を變更するものなれば許されざるものと解すべしと主張せらる(同氏物權概要一七八頁、同氏擔保物權一一頁)。

第八項 擔保物權(及準擔保物權)の物上代位性

擔保物權の物上代位性とは擔保物權の目的物が賣却貸貸減失又は毀損に因りて金錢又は債權に變形したる場合に於ては其變形物即ち代表物(Surrogat)に付き擔保物權が存續し爾後該變形物を以て其目的と爲すことを得る特性を云ふものにして、此特性に付ては民法は先取特權に關する第三〇四條に之が規定を設け、「先取特權ハ其目的物ノ賣却貸貸減失又ハ毀損ニ因リテ債務者カ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得」と規定し、該規定は第三五〇條第三七二條に依り質權及抵當權にも準用せらる。然れども留置權は債權の辨濟を受くる迄唯目的物を留置することを得るに止まり優先的辨濟を受くる權利を包含せざるを以て、此物上代位の特性を有せず。尙ほ變形物代表物の如何なるものなるやに付ては擔保物權の客體の項に於て説明すべし。物上代位に關する規定は強行法規に非ざるを以て當事者が之と異なる意思表示を爲したるときは其意思に従ふべきものとす(註)。

(註) 同趣旨小池氏物權二二二頁、三瀧氏擔保物權二三頁、中島(弘)氏通論三五六頁。
反對山下氏擔保物權一三頁。

第五款 權利の主體及客體(目的)

第一節 權利(義務)の主體

第一項 總 說

權利主體の意義

一 權利主體の意義
權利主體(Rechtssubjekt)なる語は二箇の意義を有す。或は特定の權利の歸屬する者即ち權利者を意味し或は權利の歸屬者たり得る法律上の資格(又は地位)を有する者即ち權利能力者(人格者)を指稱す。右何れの場合たるを問はず權利は既に述べたる如く法律上の特定利益享受の爲に法律が吾人に認めたる法律上の力にして、此力は法律上の特定利益享受の爲に行動を爲し得べき法律上の許與なるを以て權利主體が實際其利益を享受することを欲すると否と又現に之を享受すると否とを問はざるなり。從て意思能力なき者、行爲能力なき者、權利あることを知らざる者も權利主體たり得べきものとす。

主體は權利の要素なり

二 主體は權利の要素なり
權利の主體は權利の要素なり。即ち後に説明する如く主體なき權利は之を認むることを得ずと雖、其主體が甲なると乙なるとは權利の要素に非ず、從て權利が甲に屬すると乙に屬するに依りて權利は其同一性を失ふものに非ずと爲すを通説とす。然れども之に對しては少數の反對説あり。其主張する所に依れば、主體は權利の要素なると同時に甲が主體なると乙が主體なるとは又權利の要素を爲すものにして、權利の主體に變更を生ず

るに因り當然舊主體に屬せし權利は消滅し、之と同一の内容を有する新なる權利が新主體に附著發生するに至るものにして、唯法律上此新舊の權利が同一のものなりと看做さることあるに過ぎずと爲すなり(註一)(註二)(註三)。

(註一) Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 89.

雄本氏訴の原因及訴の變更を論ず京法五卷三一七頁以下。同氏の主張せらるる所は請求權に關するものにして、私法上の請求權即ち給付を求むる請求權は權利者若は義務者の異なるに從ひて又他の請求權と爲る、是れ請求權の目的たる給付は主體を離れて存すること無し、常に何人かに依りて何人かに爲さるるものなり、而も甲に爲す給付と乙に爲す給付とは同一に非ず、又甲に依りて爲さるる給付と乙に依りて爲さるる給付とは同一には非ざるが故なり、故に一請求權の權利者若は義務者が變更するときは該請求權は他の請求權となるものと解せざる可らず、此ことは債權讓渡の場合に付ては議論の最も分るる所なりと雖理論上は新債權者の債權は舊債權者の債權とは同一に非ずと解せざる可らず、勿論此ことは成法が便宜上一定の範圍に於て讓渡人の債權を以て讓渡人の債權と同一なるものと看做す趣旨の規定を設くることを妨ぐるものに非ずと雖(例は獨逸民法四〇一條我民法四六八條二項)、成法に斯る擬制あることを論據として主體の變更あるに係らず請求權の同一なることを論斷するを得ず、又主體の變更に因りて債權が其同一を失ふことは債權者若は債務者の交替に因る更改の場合に於て最も明なりとす、連帶債務の場合に於ては債權の發生事實及給付の内容自體は同一なるのみならず一度辨濟せらるるときは債權は總債務者の爲に消滅するものたるに係らず猶連帶債務者の頭數に等しき數多の債務關係あることは學說の一般に認むる所にして又我民法第四〇條の認むる所なり、是れ畢竟債務者の異なるに從ひて債權は異なるものと視るに依るものなりと云ふに在り(同氏前掲論文三二

一頁)。

(註二) Kuntze は權利の主體を以て權利の要素と爲し權利の同一性を保ちて權利主體を變更し得ずと説く(Die Obligation S. 15-20)。

權利の要素

(註三) 權利の要素に關しては學說岐れ、或は權利の要素を法律主體内容の三と爲し(富井氏原論一卷五三頁)、或は權利者義務者權利の客體法律上の力及法律の保護と爲し(長島氏總論一五頁)、或は權利者義務者(權利の當事者)權利の目的とを權利の目的と云ふと爲す)及權原と爲す(岩田氏總論三〇頁以下)等學說一定せず。余は權利の要素を主體内容及法律上の力の三と爲すを正當と信ず。而して余が茲に所謂權利の内容と云ふは法律上の特定利益を指稱す。蓋し權利は既に述べたる如く法律上の特定利益享受の爲に法律が吾人に認めたる法律上の力なるを以て、法律上の特定利益は權利の内容を爲すものと云ふことを得べし(註四)。尤も内容なる語は往々如上内容の外客體目的又は物體並に體操をも包含する意味に於て使用せらるることあり。

權利の客體(目的又は物體)は權利の内容と獨立して別に權利の要素を爲すものに非ず(註五)。尤も權利の客體をも權利の要素と爲す説あれども(註六)正當に非ず。

權原即ち權利の發生原因(註七)は權利に因り其發生に必要なことありと雖、權利其ものの要素に非ざるを以て、之を叙上要素の一に數へざるを可とす。尤も此點に付ても異説ありて、權利は所謂法律效果にして必ず一定の原因より生ず、此原因即ち權原が無効ならば權利は發生せざるを以て其意味に於て權原は權利の要素たること疑なしと爲すなり(註八)。

(註四) 中島氏は權利の内容とは權利主體に賦與せられたる力の内容を云ひ、例へば「請求」「支配」と云ふが如し。内容な

き力存することなしと爲し、又其力の効果の及ぶ事項は権利の物體又は客體等の名稱を以て表すを至當とすと説明せらる(同氏釋義一卷四五頁、同氏債權の内容の變更新報二七卷七號六頁)。

岡松氏は債權に因り發生せしめんとする具體的結果の全體(即目的(N Zweck)の内容)を債權の内容と爲し、民法に債權の本旨(四一五條)と云ふものに該り、債權に因りて請求を爲すを得る權能は之を債權の效力と云ふと説明せらる(同氏債權の性質新報三〇卷八號七一頁)。

(註b) 同趣旨岩田氏總論三一頁。齋藤氏總則一四頁(同氏は主體内容及客體を權利の要素とせらる)。

(註c) 中島氏釋義一卷四六頁。

(註d) 權利の發生は所謂法律效果にして此效果は一定の原因より生ず。此原因たる事實の全體を法律要件と云ふ。此權利發生の原因は之を權利發生の方面より觀察して權原と稱す(一八五條參照)(同趣旨岩田氏總論三二頁)。尙權原なる語は時として權利其ものを指すことあり(二四二條參照)。

(註e) 岩田氏總論三二頁。

第二項 權利者及義務者

第一目 權利者及義務者の意義

權利には通常權利者と義務者とあり。權利者とは法律が法律上の特定利益を享受せしむるが爲め之に對する力を附着せしむる者を云ひ、義務者とは法律の命令又は禁止に依り法律上の拘束を受くる者を云ひ、之を權利の當事者(民法二二五條四〇八條四一〇條四二八條前段四七四條九六二條等)と云ふ。權利者は即ち權利の主體にして義務者は即ち義務の主體なり。

直接歸屬及 間接歸屬

一 直接歸屬及間接歸屬

權利は他の權利若は法律關係の存在を介することなく直接に權利主體に歸屬せしめらるるを通常とす。之を權利の直接歸屬と云ふ。之に反し權利は或は他の權利若は法律關係の存在を介して他の權利若は法律關係の主體たる者に歸屬せしめらるることあり。此場合を權利の間接歸屬と云ふ。例へば要役地所有權に地役權が隨伴し土地所有者は要役地所有者たる資格に於て地役權者たるが如く(二八一條)、或は又無記名證券の表彰せる債權は證券の所有者に歸屬するが如き是れなり。即ち間接歸屬の場合に於ては他の權利若は法律關係は權利と其主體とを結合せしむる媒介と爲るものにして他の權利若は法律關係の主體と爲る者は當然權利を取得し又其主體たる地位を離脱するときは當然權利を失ふものとす。而して間接に歸屬する權利は之を間接歸屬權(Mittelbarzuständiges Recht)又は狀態權(Zustandsrecht)と稱す。

第二目 權利歸屬の體様

間接歸屬の 種類

二 間接歸屬の種類

間接歸屬は之を原始的間接歸屬及傳來的間接歸屬に區別することを得べし。前者は權利が他の權利若は法律關係の主體と爲りたる者に付き當然原始的に成立する場合を云ひ、物權的請求權、無記名債權及身分權の如き之に屬し、後者は權利が他の權利若は法律關係の主體と爲りたる者に當然移轉することに依りて其者に歸屬する場合を云ひ、地役權及地役權の性質を有する入會權の如き之に屬す。

義務の歸屬の體様に付ても亦直接間接を區別することを得べし。而して間接歸屬の義務を間接歸屬義務又は狀態義務(Mittelbarzuständige Rechtspflicht od. Zustandsverpflichtung)と稱す。尙間接歸屬義務にも原始的

と傳來的とを區別することを得べく、前者は義務が他の権利若は法律關係の主體と爲りたる者に付き當然原始的に成立する場合を云ひ、物權的請求權に對應する義務及扶養の義務其他の身分上の義務の如き之に屬し、後者は義務が他の権利若は法律關係の主體と爲りたる者に當然移轉することに依りて其者に歸屬する場合を云ひ、小作料支拂の義務の如き之に屬す(註一)(註二)。

(註一) 地上權に於ける地代債務は地上權に隨伴して當然地上權の讓受人に移轉するや否。判例は之を積極に解す(大正三年五月九日大判民錄二〇輯三七三頁、大正五年六月一日大判民錄二二輯一一八九頁)。同趣旨菅原氏民法論一卷一五六頁、嘉山氏地上權消滅の請求と特定承繼人新報二三卷六號七七頁、横田氏債權債務の移轉を論ず新報三一卷一號二九頁以下。

右大正三年五月九日大審院判例に曰く、按ずるに地上權者が地代を支拂ふべきときは民法第二六六條に従ひ同第二七四條乃至第二七六條の規定を準用せらるるを以て斯る地上權に付ては地代の支拂を以て其内容とせるものと云ふべし、故に斯る地上權の移轉ありたるときは前者の地代怠納の結果は當然之を承繼すべきものなれば前者と承繼人との地代怠納の期間が通じて一年以上に亘りたるときは地主は之を理由として承繼人に對し地上權の消滅を請求する權利あるものとす云々。大正五年六月一日同上判例に曰く、仍て按ずるに地上權者が土地使用の對價たる地代を支拂ふべき約定ある場合は民法第二四條乃至第二七六條の規定を準用すること同第二六六條に規定する所なるを以て、此場合に於ては地代は存續期間と一般に地上權の存立要件換言せば之が内容を爲すものと謂ふべければ、地代の定は契約を以て之を爲すものなれども一旦約定せられたる上は其權利關係は地上權及び土地所有權に從屬して之と運命を共にすべき性質を有し、相續の場合は勿論買賣讓渡に因り地上權若しくは土地所有權の移轉する場合に於ても當然之に附隨

して移轉するものと爲すべきこと本院判例(明治三九年(オ)第二七二號同年七月五日言渡)とする所なり云々。川名氏は地上權者が地代を拂ふべき場合に於ては其債務は地上權の内容を爲し其地上權は地代を拂ひて土地を使用する權利となるものと思ふ、從て地上權の讓受人は當然其地代債務を承繼するものと爲るとせらる(同氏物權一四二頁)。

反對富井氏、同氏は地上權者に對する地代の請求權は純然たる債權なるを以て假令地上權者が其權利を他人に讓渡するも土地所有者と讓受人との間に直接の法律關係を生ずることなくして地代を支拂ふ債務は依然讓渡人が負擔するものと解すべしと爲し、尙永小作權に於ける小作料の請求權に付ても法理は全然同一なり、即ち特に更改契約を爲さざる限りは永小作權を讓受けたる者に對して之を行ふことを得ざるものと云はざるべからず、或は永小作權に於ける小作料の支拂は其存立の一要件なるが故に(二七〇條)所謂從屬の關係一層密接なるものとして反對説を主張する人あるやも知れざれども請求權の性質に差別なく即ち何れも債權なるが故に特別の規定なき以上は特定承繼人に對して行ふことを得ざるは當然なりと主張せらる(同氏地代の請求權は果して地上權者の特定承繼人に對して之を行ふことを得るや新報一六卷一二號三五頁、同氏原論二卷二〇九頁)。石坂氏亦我法典に於ては地代支拂義務は地上權と共に移轉するものと解すべし根據なしと主張せらる(同氏地上權讓受人に對する地上權消滅の請求京法九卷一三七六頁)。

以上積極及消極の兩説の中間に存する折衷説あり。即ち中島氏、三瀨氏、鳩山氏等の主張せらるる所是れなり。中島氏は地代請求權は債權にして當然地上權と結合するものに非ざれども一旦之を登記したる以上は縱しや其債權たるの性質を變更することなしとするも其效力に於ては至大の變化あるを認めざるべからず、故に寧ろ登記に重きを置き地上權の地代は登記能力ある權利なるを以て(不動産登記法一一一條)其登記ありたる場合には地上權と結合して之と運命を共にするものと解すべしと爲し(同氏地上權の地代に就て新報二二卷六號六頁、同氏釋義二卷四九四頁、同趣旨三瀨氏物權一六六頁)、鳩山氏は、地代債務及地代債務共に性質上土地所有權及地上權と結合關係を有するものなり、

然れども若し之を登記せざるときは之を以て第三者に對抗することを不得ず、蓋し地代債権は土地所有權當然の内容には非ずして地上權設定行為其他地上權成立の原因たる特別の法律要件に因りて土地所有者の特に取得したる権利たるが故に土地所有權の登記あるを以て足れりとせず、地上權の登記と同時に地代も亦登記の當然の内容を爲し（登記法一一一條）此登記ありて後始めて之を第三者に對抗し得るなりと爲し、地代債務を地上權の内容と解するよりは地代債務は地上權の主體を以て其主體とする債務なりと解するを正當とすと主張せらる（阿氏地代債務と地上權との關係志林一八卷五號九六頁）。

末弘氏亦大審院判例に賛せられ、當事者が特約を以て地代を設けたる以上地代は地上權の存立要件換言せば之が内容を爲し其權利關係は地上權及土地所有權に從屬して之と運命を共にすべき性質を有し相續の場合には勿論賣買讓渡に因り地上權若し土地所有權の移轉する場合に於ても當然之に附隨して移轉す、尤も地代に關する登記なくば地主が地上權讓受人に對し地代の存在を主張し得ずと説かる（同氏物權五一頁、同趣旨我妻氏物權二二一頁以下）。

永小作權に於ける小作料支拂の債務は永小作權の讓渡ありたる場合に於て當然讓受人に移轉するや否に付ても亦地上權に於ける地代債務に於けると同様學說の岐るる所にして或は當然讓受人に移轉するものと爲し（横田氏債權債務の移轉を論ず新報三一卷一號二九頁以下、其他地上權の地代債務に關する前掲學說參照）、或は然らずと爲すなり（地上權の地代債務に關する前掲學說參照）（岡松氏は、物權設定者の有する小作料地代等の請求權は純然たる債權なり、故に永小作權者又は地上權者が其權利を他人に移轉するときは特に物權設定者及其讓渡人及讓受人と三人間の契約に依り更改を爲さざる以上は小作料又は地代支拂の義務は讓受人に移轉せず、依然として讓渡人即最初設定を受けたる者之を負擔すと主張せらる、同氏物權設定者の有する小作料地代等の請求權は如何なる性質を有する權利なりや内外四卷五四一頁以下）。

前説を正當とす。蓋し小作料支拂の債務は永小作權に必要的に結合するものなるを以て小作料支拂の義務を伴ふことなくして永小作權の成立を認むることを得ざるのみならず不動産登記法第一一二條に於て永小作權の移轉登記を申請する場合には申請書に必ず小作料を記載すべきことを命ぜる事實に徴するも永小作權の讓渡の場合には小作料支拂の義務も亦當然讓受人に移轉すべきものと解せざるべからず。

(註D) 設定行為又は特別契約に因り承役地の所有者が其費用を以て地役權の行使の爲に工作物を設け又は其修繕を爲す義務を負担したる場合には此義務は狀態義務として承役地所有者の特定承繼人にも移轉す（二八六條）（同趣旨岩田氏物權一〇三頁）。即ち傳來的狀態義務なり。尤も此義務が地役權の内容を爲すや將又地役權の外に存する別箇の債務なりやに付ては議論の存するところにして、或は之を別箇の債務と見ず地役權の從たる内容を爲す義務なりと爲し、從て此義務は之を登記することを要し又其義務に變更を生ずるときは之を登記せざるべからず（一七七條、不動産登記法一一三條）と爲し（註a）或は此義務は地役權の内容たる承役地所有者の物權的義務と爲り承役地の所有者の特定承繼人をも羈束すと説き（註b）、或は此義務は地役權の内容となり承役地の物的負擔として承役地所有權の特定承繼人も羈束し地役權者は其承繼人に對して履行を請求することを得るものと爲し（註c）、或は右條款は當事者間に債權關係を生ずるに止まるものなるを以て承役地所有者の特定承繼人に移轉せざるものと云はざるべからず、然れども民法は實際の便宜を計り此義務を一種の物上負擔と爲し承役地の所有者に變更を生ずるが爲に何等の影響をも受けざるものと爲せりと爲し、之を以て第三者に對抗するには其登記を爲すことを要す（登記法一一三條）と説く（註d）。蓋し此義務を以て地役權の内容を爲すものと解するは正當に非ず。即ち此場合は地役權が作爲を以て内容と爲さざるの例外に非ず。此義務は寧ろ單純なる債權關係を爲すに過ぎざるものなるを以て相續人には移轉するも讓渡遺言等に因り承役地の取得者たる特定承繼人に移轉するものに非ず。然れども此理論を貫くときは地役權設定の目的を達すること能

はざる場合を生ずるを以て民法は此義務は承役地の所有者の特定承継人も亦之を負担すべきものと爲し、所謂傳來的間接義務又は傳來的狀態義務としての存在を認めたるものと解するを正當とす。

(註a) 川名氏物權一六〇頁、我妻氏物權二七四頁二六二頁。

(註b) 三淵氏新講五六九頁。

(註c) 石田氏物權六〇七頁以下。

(註d) 富井氏原論二卷二七四頁、横田氏物權五二九頁。

第三目 權利主體の複數

權利の主體は單數なることあり複數なることあり。主體が複數の場合に於ける權利歸屬の狀態は通常之を共有と稱すれども又所謂總有又は聯有、合有と稱する場合あり。

共有

一 共有 (Miteigentum)

共有とは一箇の物に付き數人が共同して一箇の所有權を有する場合に於て其一箇の所有權が分量的に其數人に分屬する狀態を云ふ。分量的に分屬すと云ふは一の共有者が物質的に一の所有物を分割して之を所有するの意に非ず。又所有權の内容たる使用收益處分の權能を各共有者に分與さるる意味にも非ず。又數人相合して一の所有權の主體と爲り各人は其所有權に對して獨立して何等の關係を有せざる法律上の狀態を意味するにも非ず。唯一物に付て存する一箇の所有權が其權能の全量に付き數人に分割せらるることを意味するなり。而も此分屬の狀態は其間何等の聯繫あることなく權利主體たる數人間に一定の結合を必要とせざるなり(本書一卷三九頁以下共有權參照)。

以上共有に於けると同様の狀態は所有權以外の財産權に付ても生じ得べく、民法は此場合に共有に關する規定を準用せり。從て此場合に於ける權利歸屬の狀態は之を準共有と稱することを得べし(二六四條參照)。

準共有關係は地上權、永小作權、地役權、抵當權、特許權、著作權、礦業權等に付き生じ得るは明なるも、債權に付き準共有の成立を認め得るや否に付ては疑あれども、債權に付ても亦準共有成立し得るものと解するを正當と信ず(註一)。尤も民法は法令に別段の定あるときは共有の規定の準用なき旨を規定せるを以て(二六四條但書)、債權の共有の場合には先づ不可分債權に關する規定の適用あることとなるなり(註二)。從て債權の共有者の一人が死亡し且相續人なき場合又は其持分權を拋棄したる如き場合には不可分債權に關する規定(四二九條)の適用に依り其持分は他の共有者に歸屬することなく債務者の利益に於て絶對的に消滅することとなるなり(註三)。但此點に付ては異説ありて、不可分債權者の一人が相續人なくして死亡したる場合には第二五五條の準用に依り他の不可分債權者の持分の増加を認むべきものと爲すなり(註四)(註五)。尙債權中可分債權は數人の有に歸せんとする瞬間に於て當然分割せられたる各部分が各債權者に歸するものと見るべきが故に準共有の成立を見る餘地なしと爲す説あれども(註六)、可分債權に關する第四二七條の規定は特約に依る債權の準共有を禁止する趣旨のものとは解し得ざるを以て、特約ある場合は固より可分債權の準共有の成立を認め得べきものと云はざるべからず(註七)。

(註一) 同趣旨末弘氏物權四一二頁、三浦氏物權一四九頁、山下氏物權五四五頁、岩田氏物權七八頁、末弘氏各論八二八頁、横田氏物權四二七頁、我妻氏物權一九七頁。

(註二) 同趣旨石田氏物權五〇五頁、山下氏物權五四六頁、小池氏物權一八〇頁、我妻氏物權一九七頁。

(註三) 同趣旨石田氏物權五〇五頁、横田氏物權四二七頁。

(註四) 山下氏物權五四七頁、小池氏物權一八〇頁。

(註五) 遊佐氏は不可分債權に付ては準共有状態あるも民法四二八條以下の特別規定あるが故に共有の規定を準用すべき餘地なしと主張せられ(同氏概論物權一三六頁)、中島氏は不可分債權に就ては假令之を以て債權の共有と解するも債權法に別段の規定あるが故に共有の規定を適用するを得ずと主張せらる(同氏釋義二卷四八〇頁)。

(註六) 川名氏物權一三四頁、遊佐氏概論物權一三六頁。

(註七) 同趣旨山下氏物權五四六頁、同氏物權概要一三四頁、小池氏物權一八〇頁。

互有

二互有 (MitoYemets)

互有とは其目的物の性質上共有者に分割請求なき共有を云ふ(註一)。

凡そ疆界線上に設けたる界標圍障牆壁及溝渠は相隣者雙方の利益と爲るべき物件なるのみならず、此等の物件は設置の時より長年月を経過するときは何人に屬するものなるかを判定し難き場合多かるべく、從て争ある毎に其所有權の有無に付き立證を要するものとせば煩雜に堪へざるを以て、民法は此等の物件は反證なき限り相隣者の共有に屬するものと推定し(二二九條)。又數人にて一棟の建物を區分し各其一部を所有する場合に於ては其共用部分例へば階段廊下便所共通の壁等並に其附屬物の共用部分例へば便所共用水栓物置等に付き其所有者間に如何なる關係を生ずるやに關し問題を生ずるを以て、民法は此點に付ても建物及其附屬物の共用部分は其共有に屬するものと推定せり(二〇八條)(註二)。而して斯の如き共有關係に於ては其目的物は其性質上共有者雙方の利益と爲るべき物件にして之に對する共有關係は之を永續せしむべき必要あり、從て之を分割するこ

とは相互の不利益なるを以て、民法は叙上の共有物には共有物分割請求に關する第二五六條の規定を適用せざる旨を規定せり。故に此場合に於ける共有は分割請求權を有せざる共有にして、此共有を互有と稱し、此場合の共有權を互有權と稱するなり。尤も互有は唯其目的物の性質上分割請求權を有せざる共有たるに止まり、其他に於て通常の共有と異なる所なきを以て、分割請求に關する規定の適用なきに止まり、其他の點に付ては總て共有に關する規定の適用あるは勿論なりとす(註三)。

(註一) 同趣旨石田氏物權五〇六頁。

(註二) 共有の推定は牆壁又は其或部分に付き左の場合には適用なし。即ち

(一) 一棟の建物の部分を成す疆界線上の牆壁(二三〇條一項) 蓋し此場合に於ける牆壁は建物の構成部分にして獨立の存在を有するものに非ざるを以て建物と分離して別箇の所有權の目的と爲り得ざるを以てなり。

(二) 高さの異なる二棟の建物を隔つる牆壁の低き建物を隔る部分(同條二項本文) 蓋し此部分は高き建物の爲に存するを通常とすればなり。然れども高さの異なる二棟の建物を隔つる牆壁と雖其牆壁が防火牆壁なるときは尙共有の推定を受くるものとす(同條二項但書)。

(三) 相隣者の一人が共有の牆壁の高さを増したる部分(二三一條)

(註三) 同趣旨石田氏物權五〇七頁。

總有又は聯有 憲義

三總有 (Gesamteigentum) 又は聯有 (Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand) 一意義

總有又は聯有(同有合有)とは數人が結合し一體として一の所有權の主體と爲り各人は其所有權に對して獨立し

て何等の関係を有せざる法律上の状態を云ふ。即ち總有は共有と異なり、數人が自由に處分し得べき持分を有することなく、所有權が全體として其數人に歸屬する状態を云ふなり(註一)(註二)。

以上總有又は聯有に於けると同様の状態は所有權以外の財産權に付ても生じ得べし。

(註一) 同趣旨山下氏物權四九七頁、吉田氏物權一三七頁、横田氏共有に就て新報三二卷一號七頁。

(註二) 平野氏は總有と聯有(合手的所有權共同)とは相異なるものと爲し、總有は全く團體的原理に立つものなるも聯有は團體構成員の聯繫的基礎に立つものなり、而して兩者の一致する點は一の物に對する所有權が法律上或結合關係に立つ多數者に共同的に歸屬し多數者は常に身分權を伴ふ連帶秩序に聯繫拘束せしめられ居る點に存す、然れば聯有は總有と同じく數人又は多數者が物を共同に所有すれども、各自は獨立して各別の所有權を有することなく、其多數者が結合し一體として其物を所有するに在れども、總有と異なるは聯有に在りては所有權を構成する諸權能は全部的に振り割らるる點に在りとせらる(同氏我民法上の諸問題志林二四卷六四八頁以下)。

石田氏は、權利の分割に量的分割と質的分割とあり、一個の所有權を分數的に二分し甲乙各々が二分の一つの所有權を有する場合は所有權の量的分割にして、一個の所有權を管理處分使用收益の各權能に分解して甲は物に對する管理處分の如き支配的權能を有し乙は物に對する使用收益の如き經濟的權能を有し兩者の權能を團體内部の組織法によりて統一結合せしめて完全なる所有權を實現せしむる場合は所有權の質的分割なり、前者は個人主義的法制に於ける分割の型態にして共有權は夫れに屬し、後者は團體主義的法制に於ける分割の型態にして總有權は夫れに屬す。共有權に於ても各共有者が其有する持分權を單獨に且自由に處分し又何時にても一方的に分割を請求し得る共有權と、各共有者は其持分權を單獨に且自由に處分し得るも目的物の性質上分割の請求を爲し得ざる互有權と、各共有者

は其法律上の地位の承繼を介するに非ざれば其持分權を單獨に且自由に處分し得ざる合有權とに分ると主張せられ(同氏物權四八二頁以下)、又民法に於ける組合員の組合財産に對する共有と遺産の共同相続に於ける共有及信託法の合有並に共同營業出願人又は共同營業權の共有は何れも合有にして入會權は總有權に屬すと主張せられ(同上五一頁五二一頁)、尙總有權とは法律上人格の付與を受けざる團體として物を所有する場合に於ける共同所有の型態なり、總有權に於ては所有權の内容が團體内部の組織法によりて質的に分割され、管理處分の如き支配的權能は團體が全體の權利として之を有し、使用收益の如き經濟的權能は團員が其成員たる資格に於て量的分割して之を有し、此團體の全體の權能と成員の個別的權能とが團體の組織的統制を定むる團體内部の規約に依りて綜合統一されて所有權の全内容を實現す、故に目的物の管理又は處分に付ては成員全體の同意又は團體の規約に基く多數決に依らざるべからず、之に反する物の管理及處分並に成員の個別權に對する處分及制限は其效力を有せず、又各團體成員は團體の定めたる管理處分の方法に従ひて物を使用し收益せざるべからず、團體成員の有する使用收益は其成員たる身分に隨伴し其身分の得喪により取得し又は喪失するを以て、其身分を離れて相續又は讓渡の目的となることを得ず、又物の管理處分は團體の全體の權能に屬するを以て共有に於けるが如く各成員に分割請求權あることなしと主張せられ(同上五一頁以下、同氏合有論法協四九卷五四三頁)、尙又合有權は共同權利者が各自の有する持分權を自由に處分することを得ざる共有權にして其特殊性は持分權の結合に在り、共有權の場合に於ては單に目的物が分割されずに止まり居ると云ふ物的理由によりてのみ權利共同が存續し、共有者間には何等の人的結合の關係存在せず、反之合有權に於ては主體間に何等かの人的結合關係存在し又共同の目的が全體の權利義務を一の獨立せる特別財産と云ふ形に現はし居り、此主體の結合の強弱が持分の結合の疎密の上に反映するものなり、と主張せらる(同氏合有論法協四九卷五八七頁以下)。

永井壽吉氏は總有の場合に於ては一箇の權利が質的に分割せられ居り、其管理處分の權能は成員の全體たる總有團體に屬し、使用收益の權能は各成員に屬するものなるに反し、合有の場合に在りては一箇の權利は質的に分割せらるるものに非ずして共有の場合と同じく量的に分割せられ居るものなり、即ち其權利の權能たる使用收益管理處分は分量的分數的に分割せられ各成員に分屬するものなり、然れども合有に於ける持分と共有に於ける持分とは異なる、即ち前者に於ける持分は非獨立的潜在的なるに反し、後者の場合に於ける持分は獨立的實在的なるものなり（合有に在りては各成員の持分は合同的に結合し居り、各成員は自由に自己の持分を讓渡し、又は其處分を爲すことを得ざるに反し、共有の場合に於ては各共有者の持分は他の共有者の持分とは全く獨立的關係なるを以て各共有者は自由に自己の持分を讓渡し又は其他の處分を爲すことを得べく、從て各共有者は何時にても共有物の分割を請求することを得べし、又合有に於ける各成員の持分は合有團體の存続する限り潜在的に存續し解散のとき始めて實現するものなるに反し、共有に於ける持分は始めより分數的に分割せられ獨立して實現し居るものなり、又合有にありては各成員の身分的結合を主たる要素とせるを以て各成員の交替は容易に許さるべきものに非ざるに反し、共有に在りては身分的結合は之を主たる要素とせざるを以て各共有者の交替は自由に行はれ得るものなり）。されば合有なる觀念は總有なる觀念よりも寧ろ共有なる觀念に近似するものなり、と主張せらる（同氏合有なる觀念法曹九卷三號一頁以下）。

共有と總有との差異

2 共有と總有との差異

既に述べたる如く共有は一箇の所有權が分量的に數人に分屬するものなるに反し、總有は數人が結合し一體として一箇の物を所有する状態なるを以て、（一）共有に在りては各共有者は自己の持分を自由に讓渡し得べく持分の讓渡を受けたる者は新に共有者の一人として共有權を取得し其持分に應ずる收益を爲すことを得るも（二四九條參照）、總有に在りては持分と持分との間には身分上の拘束（Personengebundenheit）あり。自己の身分よ

り分離して持分のみを讓渡することを得ず身分の消滅と共に其持分も亦當然消滅し他の總有者の持分が夫れ丈に擴張せらるるに至る。（二）共有に在りては各共有者は何時にても共有物の分割を請求することを得る（二五六條一項）に反し、總有に在りては之を許さず。（三）共有に在りては各共有者は其持分に應じて共有物の使用收益を爲すの權利を有するに反し、總有に在りては總有物は總有者箇箇の利益に供すべき性質のものに非ず、總有團體全體の利益に供すべきものなるを以て、總有者各個人には斯る權利あることなし。（四）尙共有の場合には共有物の管理行爲は共有者持分の價格の過半數を以て之を決すべく處分行爲は共有者の一致共同の意思を要するものなるに反し（二五一條二五二條參照）、總有に在りては此等總有物の管理及處分の行爲は一に業務執行者の權限に屬し團體員は直接には團體の事業に關與することを得ず（註）。

（註） 同趣旨横田氏共有に就て新報三二卷一號一〇頁以下、平野氏ゲルマン法に於ける團體及總有の觀念新報三二卷七號五四頁以下。

3 我民法に於ける總有又は聯有

我民法に於て以上總有又は聯有の觀念を存するや否や。此點に付ては學者間議論の存する所にして、從來の通説は我民法上總有又は聯有の觀念を認めずと爲したれども、近時或は我民法に於ける組合財産の共有を以て總有（又は聯有、合有）なりとし（註一）、或は共有の性質を有する入會を以て總有なりと爲すの學說（註二）有力なるに至れり（註三）。

（註一） 横田氏共有に付て新報三二卷一號七頁、平野氏ゲルマン法に於ける團體及總有の觀念新報三二卷七號五九頁、同氏我民法の諸問題志林二四卷六五七頁、山下氏物權四九八頁。

第二編 第三章 權利及義務 第五款 權利の主體及客體（目的）

我民法に於ける總有又は聯有

石田氏物權五一頁以下。

四五六

(註二) 平野氏ゲルマン法に於ける團體及總有の觀念新報三二卷七號六三頁(共有の性質を有する入會を總有とし組合財産の共有を聯有とせらる)、同氏我民法の諸問題志林二四卷六六二頁(總有と聯有を區別し此入會は聯有より總有に近しと主張せらる)、末弘氏物權四〇八頁、石田氏物權五二二頁、山下氏物權四九八頁、我妻氏物權一八二頁二八三頁、永井氏合有なる觀念法曹九卷三號一四頁以下。

(註三) 羅馬法及之を繼受したる獨逸普通法は組合財産は凡て各組合員の共有に屬し各組合員は各獨立して任意に其持分を處分し得べく組合目的と組合財産の共同との間に主従の關係を認めざるの主義を採りたるも、獨逸民法はゲルマン法上の總有の觀念を採用せり。

四民法及信託法に於て共有又は總有(聯有又は合有)に付き規定を設けたる場合

1 物の共有(二四九條以下)

2 物の一部の共有(二〇八條二二九條二三〇條等)

3 所有權以外の財産權の共有即ち所謂準共有(二六四條)

4 組合財産の共有(六六八條)

民法及信託法に於て共有又は總有(聯有又は合有)に付き規定を設けたる場合物の一部の共有
組合財産の共有

組合財産の法律上の性質に付ては議論の存する所にして、或は(一)之を單純なる共有なりと爲し(註一)、或は(二)之を總有又は聯有なりと爲す(註二)なり。然れども組合財産に關する民法の規定に依り推考するに、其性質前叙總有又は聯有の觀念に適合するを以て之を普通の共有と爲さず、寧ろ右總有又は聯有(合有)に屬するものと解するを正當とすべし(註三)。

(註一) 三藩氏は、獨逸の如きは組合財産を以て持分もなく又分割請求權もなきことを原則とする總有關係と爲せるのみならず、組合に屬する箇々の財産權の總合の存在を認め之を一の特別財産とし之に關し種々の規定を設け居れるも、我民法に於ては持分の存する共有と見而も特別なる總合財産の上に共有關係の存するに非ずして唯箇々の財産權が總ての組合員の共有に屬するものと爲せるものなりと爲し(同氏契約各論講義一六二頁)、又學者或は我民法に於ける組合財産の共有を以て他の獨逸法系に於けると全く同じく總有なりとし、又或は共有の性質を有する入會權を以て總有なりとするも、前者に付ては寧ろ消極に解せんとす、後者に付ても尙多く研究の餘地を存す、性質上若し然りとすも第二六三條は之に共有の規定を適用すと謂ふが故に法典は純然たる共有と見たるものなるべしと説かる(同氏物權一一五頁)。

末弘氏は、元來總有とは獨逸學者の通説に依れば一個の權利が一體としての數人に屬する場合を謂ふものにして共有に於けるが如く權利(持分權)は各共有者之を有し其行使のみが共同となれる場合を謂ふものに非ず、而して吾民法上の共有(二四九條以下)は此後者の意義にして獨逸學者の所謂總有に非ず、又吾民法は多數當事者の債權關係にありても不可分債權關係の存在を認めれども總有的債權關係を認めず、加之第六七六條は單に處分の對抗力を制限せるのみにして處分夫れ自身を全然無効とするに非ざること等より考ふれば第六六八條に所謂共有は尙單純なる通常の共有にして第六七六條の規定は目的の共同を重んずるが爲め單に各共有者の權利行使を制限したるに過ぎず、即ち吾民法の主義は羅馬法と獨逸民法との中間に位する折衷主義に過ぎずと解するを正當とすべし、從ひて組合財産の管理處分等に關する規定は共有に關する一般規定に對して特別法たるの地位に立つものと解するを適當とすべし、と主張せらる(同氏各論八二七頁)。

(註二) 鳩山氏は組合財産は一種の團體財産にして此團體財産は共同目的を達するが爲に結合せられ普通の共有と異り總有

に類似したる特色を有すと説かる(同氏各論六九〇頁)。

平野氏は民法第六六八條が「組合ノ出資及組合財産ハ組合員ノ共有ニ屬ス」と規定せるは所謂共有に非ずして團體的所有權殊に聯有の觀念に屬するものと爲し(同氏が總有と聯有との區別の標準として説明せらるる所は既に述べたり)、其根據として(一)組合財産に對する權利の得喪は一に組合員なる身分の得喪に繫り其權利は組合員に非ざれば之を有することを得ざると同時に苟も組合員ならば必ず此權利を取得す、是れ組合財産が組合の總體の爲めに總括的支配を受くる當然の結果にして共有とは全く異なる點なり、(二)我民法は獨逸民法第七一九條の如く各組合員が持分を處分することを禁ぜざれども「持分ノ處分ハ之ヲ以テ組合及組合ト取引ヲ爲シタル第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」(六七六條一項)と規定せり、此規定を普通共有に於て共有者は其持分を自由に讓渡し得べく此爲めに他の共有者の承諾を得る要なきとに比較すれば組合の所謂「共有」と組合財産の共有との相違の著しきは極めて明白なり、(三)普通共有の場合に於ては共有物の管理は各共有者の持分の價格に従ひ其過半数を以て之を決し(二五二條)共有物自體の處分は必ず他の共有者の同意を必要とするに(二五一條)反し、組合財産の管理行爲處分行爲は業務執行者の權限内に屬し(六七〇條)通常組合員は單に業務及組合財産の狀況を檢査するに止まる(六七三條)點より見るも益々組合財産の團體的色彩を考へざるを得ず、(四)對外關係に於ても組合の業務執行者は代理權を授與されたるものと解せられ、斯くして業務執行者は正當の範圍内に於て裁判上裁判外とも總組合員の爲に行爲を爲すことが認められたるものにして(大正四年一月二日大審院判例民錄二一輯二二六七頁參照)是れ共有と著しく異なる所なり、(五)組合員は組合存續中組合財産の分割を請求することを得ず(六七六條二項)、之に反し共有に在りては各共有者は何時にても共有物の分割を請求することを得べく(二五六條一項)、而して組合財産の分割は組合解散後必ず清算手續を履むことを要し此點に於て共有に關する共有物分割の方法の規定は全然適用なきことを擧げらる(同氏我民法の諸問題志林二四卷六五七頁以

ト。

横田氏も亦右平野氏と大體に於て同趣旨の理由を以て組合財産の總有(同氏は總有と聯有との區別を主張せられず)を主張せらる(同氏共有に就て新報三二卷一號一〇頁以下)。

石田氏亦組合財産は總組合員の共有に屬するも其共有は各組合員に於て持分權を單獨に且自由に處分することを得ざる共有にして從て合有權なりと云はざるべからず、然し持分の結合以外の點については總て共有の規定に依るべきものなり、但組合員は清算前に組合財産の分割を請求することを得ず(六七六條二項)と主張せらる(同氏物權五一四頁、同氏合有論法協四九卷五六九頁以下)。永井氏亦組合員の組合財産に對する權利は總有の觀念に屬せずして寧ろ合有の觀念に屬し從て民法第六六八條に所謂共有なる觀念は之を合有なる觀念に解せざるべからずと主張せらる(同氏合有なる觀念法曹九卷三號一七頁以下)。

相續財産の共有

5 相續財産の共有(一〇〇二條)
民法は遺産相續人數人あるときは相續財産は其分割あるまで相續人全員の共有に屬する旨を規定し、且共同相續人は其相續分に應じて被相續人の權利義務を承繼するものと爲せり(一〇〇二條一〇〇三條)。而して此共同相續に依る遺産の共有に付ても或は之を合有即ち聯有なりと爲す説あり(註)。

信託法に於ける合有

6 信託法に於ける合有
信託法第二四條に依れば「受託者數人アルトキハ信託財産ハ其ノ合有トス」と規定せり。我國法に於て合有なる文詞を使用したるは同法條を以て嚆矢とす。

信託法に所謂合有の意義に付ては議論岐れ、或は(一)各受託者が持分権を有せざる共同所有の意なりと爲し(註一)、或は(二)持分権なき共同所有は現代の法制上存在せずと爲し、信託財産が數人の受託者の合有に屬する以上各受託者は各自持分権を有し唯合有の原則に依り其持分権が結合し各受託者は夫れを自由に處分することを得ざるに過ぎずと爲し(註二)、或は信託財産に對する合有に於ても又共有の場合と同じく持分なる觀念存在す、然れども共有の場合と異なり信託財産に對する合有の場合に於ける持分なる觀念は潜在的非獨立的にして從て各合有者(受託者)は自由に自己の持分を讓渡し其他の處分を爲すことを得ず、又合有物の分割を請求することも許されざるものと爲す(註三)なり。

(註一) 青木氏信託法論一五二頁、入江氏信託法論二八〇頁、三淵氏信託法通釋一三〇頁以下、遊佐氏信託法制論早稻田法學二卷七八頁、細矢氏信託法理及信託法制概論法協四三卷六五七頁。

(註二) 石田氏合有論法協四九卷五八六頁。

(註三) 永井氏合有なる觀念法曹九卷三號二二頁以下。

第四目 無主體の權利 (Subjektloses Recht)

一權利は其歸屬すべき主體なくして存在することを得るや

權利は其歸屬すべき主體なくして存在することを得るや否に付ては學說岐る。或は權利は主體なくとも存することを得べく主體なき權利を認むるに非ざれば到底法律上の現象を説明することを得ずと爲す。「ウインドシャイド」(Windscheid) は之を無主の權利 (Subjektloses Recht) と云ひ、「ベッカー」(Bekker) は之を權利の客觀的存在 (Objektiver Bestand der subjektiven Rechte) と稱し、「レーゲルスベルグ」(Regelsberger)

權利は主體なくして存在することを得るや

は之を人待權と云へり。然れども權利は法律が特定の利益享受の爲に吾人に認めたる法律上の力なるを以て人を離れて存在することを得ず。故に權利は主體なくして存在することなしと解する説を正當と爲さざるべからず(註)。通説なり。

(註) 茲に權利の主體なしと云ふは權利主體の主觀的不確定と混同すべからず。權利主體なしと云ふは客觀的に權利の主體が存在せざることを意味するなり。主觀的不確定即ち客觀的には權利主體存在するも其存在すること又は權利主體の何人なるか不明なる場合は權利が其主體を缺く場合には非ず。

我民法と無主體の權利

二我民法と無主體の權利

我民法に於ては相続人あること分明ならざる相続財産は之を法人と爲し、相続人が客觀的に存在せざるときは相続財産は國庫に歸屬するものと爲せるを以て(一〇五一條一〇五九條)、相続財産に付ては無主體の權利を生ずることなく、又不法行為に因る損害賠償の請求及相続又は遺贈に付ては胎兒は既に生れたるものと看做さると雖(七二一條九六八條九九三條一〇六五條)、這は右の請求權及相続又は遺贈に對する權利が胎兒たる間に於て既に存立するものと爲したるに非ず。此等の權利は胎兒が出生するに至り初めて之を取得し唯其效力を既往に遡らしむる趣旨に外ならざるものと解すべく、又拋棄せられたる無記名證券は先占に因り之を取得したる者に於て其證券上の權利を行ふことを得るを以て未だ其先占者なき間に於ける無記名債權は無主の權利なるが如き觀ありと雖(註一)、然らず。此場合に於て債權は證券の所有權を拋棄することに因りて消滅し何人か再び之を取得したるときは其時に於て再び新に證券上の權利が発生するに過ぎざるものなるを以て(註二)、此等の場合を主體なき權利を認むるに付ての論據と爲すことを得ざるは勿論なりとす(註三)(註四)。

(註一)

岡松氏は此の場合債権は一時主體なき状態に在りと爲し、債権は一時其主體を失ふも債権其のものは消滅せず、後再び之を取得したる者あるときは主體は補充せられ原債権は其效力を存続するものと主張せらる(岡松氏主體及び權利能力の概念富井博士記念法律論文集五三九頁)。

四六二

(註二)

同題旨中島氏釋義三卷七頁、勝本氏債總七七頁。
勝本氏は無記名債權が拋棄せられたるときは其權利は消滅し再び之を得たる者が無記名債權を取得するは無記名債權が我民法上動産と看做され(八六條)債權が物的に化體せられ所有權の目的となるが爲め再び其物體に付き所有權成立すると共に所有權の效力として無記名債權が成立するものに他ならずと説明せらる(岡松氏債總七七頁)。

(註三)

山口弘一氏は無主體の權利あることを認め其例として拂込なき株式を舉げ、商法第一五二條第一五三條の規定に依れば株主が株金の拂込を爲さざりし場合に於ては株主は其權利を失ふ、然れども此株式は會社に對して消滅したるものに非ざるを以て最も先に滯納金額の拂込を爲したる讓渡人又は競落人が株式を取得する迄は株式は權利主體を有せざるなり、大審院は屢々此場合に於ては失權株式は會社の所有に歸する旨判決し(明治三六年四月一八日同年三月二一日)一般學說又判例と同一なるが如しと雖之に賛成すること能はずと主張せらる(岡松氏の説志林一三卷八號九號三〇七頁)。

長島氏及吉田氏亦無主體の權利あることを認め、例へば法定の推定家督相続人なき戸主死亡し相続人未だ選定せられざる場合に其相続財産に屬する權利には一時其主體を缺くに至るものとせられ(長島氏主體なき權利新報三〇卷九號八九頁以下、吉田氏總則二六頁)、阪本(三郎)氏は、權利の實質は吾人の意力若は利益なり、故に此意力若は利益が存在し且之を保護する必要がある以上は其所屬者即ち主體なくとも之を權利と認めざるべからず、例へば碩德偉人の銅像建設費として廣く募集したる寄附金の一圓は何人も其所有權を有する者なきも尙之を一個の財産として保護する必要あり

る如き又權利を委棄したる有價證券は他人が之を先占獲得するまで主體なくして存在する財産權と認むべきが如き是れなり、又戸主權と家とは常に其運命を共にし離るべからざる觀念にして家の存在は即ち戸主權の存在なり、然れば戸主死亡し家督相続人の存否不明の状態に在る場合戸主死亡し法定又は推定の家督相続人なきにより親族會が家督相続人を選定する場合は戸主なき戸主權の存在する場合なりと主張せられ(岡松氏主體なき戸主權志林一三卷二號四二頁以下)、三淵氏は、現に一時の間權利主體なくして權利の存在する場合のあることを拒むことを得ず、例へば戸主が死亡し相続人たるべき者が懐胎中の場合の如き其胎兒が出生すれば相続開始の時に遡りて相続することと爲るも出生する前に在りては一時權利主體は存在せず、失踪の宣告を受けざるも事實死亡し居る場合の如きも亦然り、從て權利は或場合に在りては法律に依りて許さるべき主體のあり得べきを以て足るものと解せざるべからずと主張せらる(岡松氏新講三九頁)。

(註四)

川名氏は、我民法上法定又は指定家督相続人なき場合に於ては家督相続人を選定せざるべからず(九八二條九八五條)、此場合に於ては相続人が選定せらるる迄の間に於ては被相続人に屬せし權利義務は無主の權利義務として存在するの觀ありと雖此場合に於ても亦家督相続人が選定せられたる時は其相続の效果は相続開始の時に遡るものと解すべきこと胎兒の場合と同一なるを以て此場合に於ても亦無主體の權利義務の存在を認むることを得ず、此場合に於ては相続財産たる權利義務は選定せらるべき相続人に付き復活すべき傾向に於て消滅するものと見るべきものと主張せられ(岡松氏總論二七頁)、穂積氏は之に反對せられ被相続人に屬せし權利義務は家督相続人選定前と雖存在するものと爲し、其權利義務の主體如何の問題に付ては民法第九八六條に「家督相続人ハ相続開始ノ時ヨリ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼ス」とあることに因りて解決せられ居るものと爲し、家督相続人の誰なるかは何時確定するも其者が家督相続人たるの效果は相続開始の時まで遡及するものなるを以て相続人選定以前の當時より見れば相続人なき如き觀あり

ども开は相續人なきに非ず、相續人の誰なるかが定まらざるに過ぎず、後に至りて考ふるときは相續人即ち問題の權利義務の主體が存在したることと爲るなり、而して民法は他方に於て相續人が結局選定されざる場合には相續財産を相續開始の時に選りて法人と見此場合にも無主體權利義務は生ぜぬことと爲り居るなり、と説明せらる(同氏家督相續開始と相續人選定との間に於ける權義の歸屬新報二九卷二號一一四頁)。

第三項 權利能力者

第一目 權利能力者の意義及種類

權利能力者とは權利能力を有する者換言すれば權利の歸屬者たることを得る法律上の資格を有する者を云ひ、人即ち是れなり。人は權利能力者の意義に於ける權利主體なり。

人は之を自然人(Natürliche Person)と法人(Juristische Person)とに分(註)。

(註) 我民法に於ては第一編第一章に人と題し第二章に法人と題し自然人を人と稱して之を法人と區別すれども、自然人及法人を共に人と稱することあり。例へば或人(九六條)、本人(九九條)、何人(一〇八條)、數人一人(四三二條二二七條二三一條)、保證人(四四六條)、他人(七〇三條)、永小作人(二七〇條)、賃借人賃貸人(六二一條)等の如し。

第一 自然人

自然人とは權利能力を有する個人即ち吾人々類を云ふ。

第二 法人

法人の意義 一 法人の意義

法人とは自然人に非ずして法律に依り權利の主體たり得べき能力を附與せられたるものを云ふ。自然人は物理的存在を有し其體軀を認識し得べしと雖、法人は物理的存在を有することなく唯吾人の思考上に存在を有する無形のものなり。元來權利能力は法律の附與に依り初めて生ずるものにして、假令自然人なりと雖其出生に因り當然權利能力を有するものに非ず。出生と共に法律の規定に依り其權利能力を享有するに至るものなり。法律は吾人共同生活の目的を達せんが爲に存す。從て法律は自然人に對し權利能力を附與せざることなしと雖尙其目的を達せんが爲め必要な場合に於ては自然人以外の者に對しても亦權利能力を附與することを妨げず。茲に於てか即ち自然人に非ずして權利能力を有するものを生ず。是れ即ち法人なりとす。法人は法律の規定に依りて生じ自然人は出生なる事實に因り自然に存するものに非ず。何れも法律の規定を基礎として存するものなりとす。

法人の本質

二 法人の本質

古來法人の本質に關する學説は千差萬別にして其説く所各相異なれども、之を大別すれば法人擬制説、法人否認説及法人實在説と爲すことを得べし。而して尙我國に於ては社會的價値を以て法人格の根據と爲す説を唱ふる學説あり。左に其大要を説明すべし。

法人擬制説 (Théorie de la fiction, Fiktionstheorie)

(一) 法人擬制説は「ザヴィニー」(Savigny)之を首唱し、「プフタ」(Puchta)「ヴァントシャイド」(Windscheid)等に依りて祖述せられたるものにして、其説く所の要旨は權利能力は自然人のみが之を有し得べきものなれども人類共同生活の目的を達するが爲め法律の擬制に依り自然人以外にも人格者を假定し之を自然人の如く權利

能力を有すると法律上同等に取扱ふものなりと爲すものなり。即ち法人は擬制人なりと爲すなり(註)。然れども此説は自然人の有する権利能力は天賦のものなりとの誤解に基くものなり。

(註) Savigny, System II 2 82 ff. Puchta, Pandekten 2 25 ff.; Windscheid-Kipp, Pandekten I 2 49. 岡松氏理由總則七一頁、梅氏要義一卷七九頁八六頁、同氏法人の性質志林七卷一〇號七〇頁。

法人否認説

(二) 法人否認説 (Théorie de la négation de la personnalité, Negationsstheorie)

法人否認説の説く所は通常擬制は無を以て有たらしむること能はずと云ふを根據として擬制説を駁し、或は法人の財産は全然主體なきものなりと説き、或は法人の財産なるものは其實自然人に屬するものなることを説くものにして、何れも権利能力を有する者は自然人に限るとの誤解に基くものなり。此説は之を左の三説に大別することを得べし。

目的財産説

(a) 目的財産説 (Zweckvermögenstheorie) 又は無主財産説 (Théorie des subjektlosen Vermögens)

此説は専ら「ブリンツ」(Brinz) に依りて唱道せられたるものにして、凡そ財産には人的財産 (Personenvermögen) 即ち特定人に屬する財産と目的財産 (Zweckvermögen) 即ち主體なき財産にして單に特定目的の爲に存する財産とあり。而して法人の場合には権利の主體存することなく、唯特定の目的の爲に存する所謂目的財産のみが存在し、此財産が其目的の爲に恰も人格者の如く活躍するものと爲すものにして(註)、目的財産即ち主體なき権利を認めんとするものなり。

(註) Brinz, Pandekten I 2 56—63, III 2 432 ff.

受益者説

(b) 受益者説 (Destinatärstheorie)

此説の始祖は「イエリング」(Jhering) にして、其説く所の要旨は凡そ私權は人に利益を與へ人の需要を満足せしめんが爲に存す、故に法人の場合に於ても其權利なるものは其利益の享受者たる人の權利なり、從て社団法人に於ては各社員が受益者にして即ち權利主體なり、財團法人に於ても亦受益者は人なるは勿論なるを以て財團に依りて利益を受くべき者例へば貧民孤兒病者等が權利の主體たるなり、法人自體が權利の主體たるに非ずと爲すなり(註)。

(註) Jhering, Zweck im Recht I S. 454 u. 551.

管理者説

(c) 管理者説 (Amtstheorie, Verwalterschaftstheorie)

此説は「ヘルダー」(Hölder) の主唱せる所にして、「イエリング」の如く受益者を以て權利の主體と觀ず、法人の權利は處分權者の權利なりと爲すなり。從て營利的社団法人に於ては各社員が權利者なれども公益社団法人及財團法人に於ては其管理者が職務上の權利の主體なりと爲すなり。

法人實在説

(三) 法人實在説 (Théorie de la réalité, Realitätstheorie)

法人實在説は法人は法律の擬制に非ず實在するものなりと爲すものにして有機體説 (Organischenstheorie) 及組織體説 (Organisationsstheorie) に別(註)を得べし。

有機體説

(a) 有機體説

有機體説は又之を團體説 (Genossenschaftstheorie) とも稱し、法人は恰も自然人が種種の細胞より成る如く法人も亦種種の分子より組立てられたる人類の團體にして、此團體は之を組織せる各人と別箇獨立の存在を有する有機體 (Organismus) なり、此團體は自然人と同じく獨立の意思を有す、即ち社団法人に在りては各社員の意

思即ち總意 (Gesamtwille) を意思とし又財團法人に在りては寄附行為意思 (Stiftungswille) を意思として自然人の如く生活し意識する社會的實在の有機體なり、法律は此獨立意思を有する有機體に人格を附與するものなりと爲すなり。此説は最初「ベーゼネル」(Baseler) 等の主張せるものにして、「ギルケ」(Gierke) に依りて完成せられたるものなり(註)。

(註) Baseler, Volksrecht u. Juristenrecht S. 133 ff; Privatrecht 2 66 ff; Gierke, Privatrecht I S. 466 ff.

(b) 組織體説

組織體説は、法人は共同の目的を達する爲め實在する所の組織體にして自然人の如き自然的意思を有せざれども、法律が社會的の必要に應じ機關の意思を意思とし權利の主體と認め之に人格を附與したるものなりと爲すものにして、有機體説の如く法人を以て事實上獨立意思を有する有機體と爲さず、觀念上實在する即ち無形の組織體 (Organisation, Institution) と爲すなり。此説は「エンネツクツェルス」(Enneccerus) 等の採れる所に係り、我國に於ても亦此説に従ふ者多く通説と稱することを得べし(註)。

(註) Enneccerus, Lehrbuch I § 96.

仁井田氏法人の行為能力法協二六卷八八九頁同二七卷四九頁以下、鳩山氏總論一三六頁、中島氏釋義一卷二一八頁、菅原氏民法論一卷二〇六頁、小池氏總論二二九頁、齋藤氏總則八四頁、岡氏總則講義五一頁、廣濱氏序説九四頁。

(四) 社會的價值を以て法人格の根據と爲す説

此説は我國に於て穂積氏我妻氏等の主張する所に係り、穂積氏は、社團又は財團が社會の構成分子たる所以は夫れが單に人又は財産の集合に非ずして活動の爲の機關を備ふる組織體なることに存す、之が從來の法人學説

社會的價值
を以て法人
格の根據と
爲す説

中所謂組織體説の採るべき所なり、而して其組織體が社會生活上の目的を中心とするものなるにより社會的價值を生じ社會的價值を有すればこそ法律上の人格を附與さるるものなり、即ち法律上の人格は法律が附與するには相違なければ之を附與するは法律の任意にあらず、之を附與せらるる實在の社會的價值に基く社會生活上の要求なり、之れ余が擬制實在の兩説を共に正しくして共に謬れりと云ふ所以なり、而して法人制度が我國新輸入の法制中最も實用を發揮し居る事實は之に對する社會的要求を證明するものと云ふべし、元來法律は社會生活の規範なるを以て社會其もの及社會の構成分子を以て法律上の主體と爲すは其性質上寧ろ當然にして其構成分子を構成する實質の何なるかは第一段の問題にはあらざる旨主張せられ(岡氏總論一九四頁)、我妻氏は法人は決して擬制せられたるものには非ず、然し其實在する本質如何の問題に對しては先づ「個人以外に於て之と同様に一個獨立の社會的作用を擔當することに因りて權利能力の主體たるに適する社會的價值を有するもの」と答ふべきなり、而して如何なるものが斯る社會的價值を有するかを社會學經濟學等の社會科學の力を借りて社會生活の實體を考察し之を當代の法律理想に照して批判することに依り研究すべきものなり、一個獨立の社會的作用を擔當することを得るが爲には其團體は之を統一する一定の組織を有すべく其財産は之を管理する組織を備へざるべからず、又其結合の如何によりては之を社會的有機體と稱すること適切なるやも知れざれども此等のものが法人たり得るは飽く迄も其組織によりて社會的作用を擔當するが爲に社會的價值ありとせらるることに基づく、此根本理論を法人論の出發點とし現代に於ける各種の團體各種の目的財産に付て其社會的價值を批判し法人論の内容とすることが今後の法人論の正に力を致すべき點なりと信する旨主張せらる(岡氏總則一九六頁)。

我民法に於ける法人

三我民法に於ける法人

我民法上法人の本質に付き叙上何れの見解に則りたるやに付ては之が明文なしと雖、解釋上叙上組織體を以て實體とする法人實在説を採りたるものと認むるを正當とす。但民法は相続人あること分明ならざる相続財産を以て法人と爲したれども(一〇五一條)、斯の如き相続財産は固より法人たるべき本質を有するものに非ず。唯民法が便宜上之を法人と看做したるものにして、此點に付ては民法が法律上の擬制に因る法人を認めたる一の例外と見るべきものとす(註)。

(註) 同趣旨鳩山氏總論一三七頁。

我妻氏は之に反し相続人不明の相続財産も他の社會構成分子に歸屬せしめ得ざる財産なるを以て一時獨立の構成分子とせられ法律制度の運用を維持するものなるを以て狭き一時的の範圍に於てなりとは云へ一の社會的作用を擔當し社會的價值あるものと云はざるべからずと主張せらる(同氏總論二〇八頁)。

法人の種類

四法人の種類

公法人及私法人

1 公法人 (Öffentlichrechtliche juristische Person) 及私法人 (Privatrechtliche juristische Person)

公法人私法人の區別は其分子に對し權力を有すると否と或は又公益を其目的とするとなしと否とに基くものに非ず。而も此區別の標準は現今尙確定するに至らず、之に關する學說甚だ多しと雖、公法人は公法の定むる法律要件に因りて生じ公の事務を行ふ機關たる法人にして、私法人は私法の定むる法律要件に因りて生じ個人の事務を行ふ法人なりと説明するを相當とす。國家、市町村、町村組合等は即ち公法人なり。以下説明する所は何れも私法人の區別なりとす。

社團法人及特別法人

2 社團法人 (Verein) 財團法人 (Stiftung) 及特別法人

私法人は之を社團法人、財團法人及特別法人に區別することを得べく、社團法人とは其成立に社員 (Mitglieder) と稱する人の集團の存することを必要とする法人にして(註一)(註二)、財團法人とは寄附行爲を其成立に必要とする法人なり。即ち社團法人と異なり社員を有せず、一定の目的に供せられたる財産を基礎とする法人なり(註三)。特別法人とは社團法人及財團法人の何れにも屬せざる法人にして、我民法に規定せる相続人の曠缺せる相続財産に付き存する法人(一〇五一條)の如きを云ふなり(註四)(註五)。

社團法人と組合との差異

(註一) 社團法人と組合との差異

吾人類の共同生活を經濟的に觀察するときは其目的に個人的のものと超個人的のものとあり。而して法律は此超個人的の爲に活動する人格者の存在の必要を認め、茲に自然人以外に所謂法人なる獨立の權利主體を認めたるものにして、是れ社團法人と組合との差異を生ずる所なりとす。即ち(一)前者は其社員の個人的目的と異なる超個人的目的の爲に集まれる人の集團なるに反し、後者は單に各自の個人的目的を共同して遂行する爲に集まれる人の集團なり。(二)前者は法人なるも、後者は夫れ自身獨立の權利主體に非ず、單に多數の權利主體の集合たるに止まる。(三)前者は合同行爲に因りて成立するも、後者は契約に因りて成立す。(四)前者は法人なるを以て其法人の爲に活動する理事社員總會其他の機關あれども、後者には機關なし。

(註二) 社團法人と社團との差異

社團法人と社團との差異

社團法人は之を社團と區別することを要す。社團とは一定の目的の爲に結合せる人の集團なるも夫れ自身獨立の權利主體に非ざるものを云ふ。所謂權利能力なき社團 (Verein ohne Rechtsfähigkeit) 是れなり。例へば定款を作成して法

人的組織の下に活動せるも未だ主務官廳の許可を受けざる所謂發起人團體の如き之に屬す。社團の性質に關しては議論較る。或は之を組合なりと爲し(註a)、或は組合に非ずと爲すなり(註b)。後説を正當と信ず。蓋し社團は組合に非ず。其兩者は註一に於て社團法人と組合との差異として掲げたる(一)(三)と同一の差異あるのみならず、社團にして其代表者あるものは民事訴訟法第四六條に依り其名に於て訴訟の主體たることを得る點に於て組合と異なればなり。而して我國に於ては權利能力なき社團に關し何等の規定を設けざるを以て民法組合の規定を類推適用するの外なし(獨逸民法五四條參照)(註c)。權利能力なき社團が其後法人と爲りたる場合に於ける其社團と法人との關係如何に付ては學說較る。或は(一)此場合に於ては社團は解散して新に法人が成立するものなりと爲し(註d)、或は(二)社團と法人とは同一體を爲すものなりと爲す(註e)なり。後説を正當とす(註f)。然らば社團が法人と爲りたる場合に於て社團に屬せし積極及消極的財産は如何なる方法に依りて法人に歸屬するに至るや。此點に付ても亦學說較る。或は(一)社團の財産は當然法人に歸屬すと爲し(不承繼説)(註g)、或は(二)社團の財産は包括的に當然法人に移轉すと爲し(包括承繼説)(註h)、或は(三)社團の各種積極的財産は讓渡契約に因り又各消極的財産は債務引受契約に因りて夫々社員より法人に移轉するものと爲すなり(特定承繼説)(註i)。

(註a) Crome, System 2 55; Hölder, Natürliche und juristische Personen S. 263.

(註b) Enneccerus, Lehrbuch I 2 109.

菅原氏民法論一卷二四頁、同氏權利能力なき社團論叢九卷八頁。

(註c) 同題旨曄道氏要論一卷二二頁。菅原氏民法論一卷二一五頁。

石田氏は、社交俱樂部運動俱樂部青年會同窓會學友會學會勞動團體等は孰れも人格なき社團にして斯る社團は總て法人自由設立主義の下に於ては當然人格を取得することを得る如き組織體にして其本質に於ては人格ある社團と稱

等異なる所なし、從て人格なき社團も獨立したる社團として法律上の取扱を爲さざるべからず、我民法は人格なき社團に付ては何等の規定を設けざるを以て社團法人に關する規定を類推適用する外途なし、殊に人格なき社團には債權關係に基く組合の規定を適用することを得ずと爲し、尙人格なき社團の財産は總社員の總有財産にして各社員は其上に持分權を有せざるを以て財産の分割を請求することを得ず、更に人格なき社團は行爲能力を有せざるを以て其代表者が斯るもの名に於て第三者と爲したる行爲に付ては行爲者自身が人的無限の責任を負はざるべからず、然れども現行民事訴訟法上は人格なき社團も訴訟能力を有するを以て(民訴四六條)其財産は強制執行及破産的執行の物體となると主張せらる(同氏總論一一九頁以下)。

(註d) Hölder Allg. Teil S. 13; Enneccerus, a. a. O. I 2 100 VII.

(註e) Dernburg, Bürgerl. R. I 2 74 Anm. 2; Biernann, Bürgerl. R. I 2 135.

(註f) 同題旨菅原氏權利能力なき社團論叢九卷七八〇頁同氏民法論一卷二一五頁。

同氏曰く、權利能力なき社團は法人の本體たるべき組織體にして此種の社團が權利能力を取得するは既存の組織體に權利能力なる法律上の資格即ち一の屬性が附加せらるるに過ぎずと觀るべきものなればなり、反對説は法人を以て法が擬制に依り創設するものなりと解する見解を是認せざる限りは到底之を採用するに由なしと。曄道氏要論一卷二二五頁。

(註g) Planck-Strohhal, Allg. Teil. zu 2 65. 我妻氏總則二三九頁、石田氏總論一二五頁、小池氏總論一四二頁、曄道氏要論一卷一二六頁、曄道氏は、特定承繼説は舊社團と法人とを全然別物なる如く考ふる點に於て根本的に吾人と思想を異にするのみならず此説に依るときは其結果は實際に適せず、法律關係は徒に紛糾することとなるべしと主張し尙不承繼説に依れば舊社團の社員全體の名義を以て登記せられたる權利に付ては單に登記名義人の名義變更の登

記を爲すを以て足り権利移轉の登記を爲すの要なし、又舊社團の債務に付ては法人が舊社團より得たる財産を以て其責に任ずるは勿論舊社團の社員たりし者は組合に關する規定に従ひ各自負擔すべき部分に付き法人と共に其責に任ずべきものとすと説明せらる。

(註4) Gierke, Privatrecht I S. 9

(註5) Biermann, a. a. O. I S. 483; Finneccerus, a. a. O. I § 100 VI.

菅原氏前掲論文論叢九卷七八〇頁、同氏前掲著書二一六頁。同氏曰く、社團の積極財産は権利能力取得前に於ては總社員の共有に屬し(民法六六八條の類推解釋)其積極財産即ち債務は各社員の負擔に屬せしものにして法人と社員とは固より法律上同一の人格者に非ざれば從來社員に屬せし財産が承繼を要せずして當然法人に歸屬すべき理由なく又財産が包括的に當然或權利主體より他の權利主體に移轉するは法律が特に之を認めたる場合に限るが故に社員に屬せし財産が包括的に當然法人に移轉すと解するを得ず、故に吾人は以上の二説を排斥し特定承繼說に従ひ各種の積極財産は讓渡契約に因り又各種の消極財産は債務引受契約に因り各別に社員より法人に移轉するものと觀ると。

(註三) 財團法人の成立に財産を必要とするや否に付ては議論あり。或は財産を要せずと爲す説あれども(註a)、財團法人は社團法人と異なり社員と稱する人の集團より成る法人に非ずして一定の目的に供せられたる財産を中心として活動すべき性質の法人なるを以て其基礎と爲るべき財産を必要とするものと云はざるべからず(註b)。從て財産なければ財團法人は成立することなし。然れども其財産たるや必ずしも現實具體的の財産たることを必要とせず。其設立者に對する財産上の給付請求權なるも亦可なりと云はざるべからず(註c)。財團法人に於ける財産は其成立要件なりと雖、民法は之を其存続の要件と爲さざること恰も二人以上の社員が社團法

人の成立要件なるも之を其存続の要件と爲さざると同一なり。然れども財團法人にして無財産とならば通常破産と爲るか又は法人の目的たる事業の成功不能を生ずるを以て此點に於て法人は解散するに至るべし。但理論上より云へば財産の缺亡は財團法人の解散の事由なりと云はざるべからず(六八條參照)(註d)。此點に付ては此理論上の結果を民法の解釋上に於ても之を認めんとする者あり。即ち曰く、財團法人は財産を要素とす、故に財産の缺亡は當然財團法人解散の事由たらざるべからず、人或は民法六八條が特に社員の缺亡を以て社團法人解散の事由たらしむるに拘らず財團法人解散の事由として財産の缺亡を掲げざるは是れ財産の缺亡を以て財團法人解散の事由たらしめざるの證左なりと論ずる者あるべし、然れども社團法人は社員の集合を要素とせるものなるが故に論理の當然の結果としては或は社員が一人となりたる場合に於て社團法人は當然解散すべきものなりとの論議を生ずる虞なしとせず、茲に於て民法第六八條は特に此點に關し規定を設け社團法人は社員全部の消滅に因り初めて解散すべきを明にしたるに止まる、財團法人の解散事由に付き特に規定せる所なきが爲め財産の缺亡を以て其解散事由に非ずと解するは失當なりと(註e)。

(註a) Hölder, Juristische Personen S. 243; Gierke, Privatrecht I S. 632.

(註b) Endemann, Lehrbuch I § 48.

(註c) 同題菅原氏民法論一卷二一六頁。

(註d) 同題菅原氏民法論一卷二一八頁。

(註e) 長島氏總論一三六頁、鳩山氏亦財産全部消滅を以て解散事由とせらる(同氏法人論法協二六卷六〇〇頁)。

(註四) 我妻氏は、相續財産法人は一定の目的の爲に維持管理せらるる財團が中心なるを以て財團法人なりと云ひ得べし、勿論他の財團法人の如き複雑なる組織なしと雖少くとも之を維持管理する法律的手段の備はる以上所義に於て尙之を一の組織を備へるの目的を擔當せる財團と云ふに妨げあることなかるべし、と主張せらる(同氏總則二〇八頁)。

(註五)

民法施行法第二八條には「民法中法人ニ關スル規定ハ當分ノ内社寺院祠宇及佛堂ニハ之ヲ適用セス」と規定せるを以て、此等神社寺院等に對しては民法法人に關する規定の適用なしと雖、民法は此等神社寺院等を以て法人と爲したるものと解せざるを得ざることは明にして、學說判例の一致する所なりとす。而して此等法人は社團にも又財團にも非ざる特別法人に屬するものと解すべし。庵にして寺院明細帳に登載せられたるものは法律上人格を有し隨て不動産登記申請の主體たるを得るものとす(法曹會決議法曹六卷九號一〇八頁)。

四七六

公益法人及
營利法人

3 公益法人 (Idealer Verein) 及營利法人 (Geschäftsverein)

公益法人及營利法人を區別するの標準は法人の目的たる事業の性質に依るものにして、公益を目的とするものを公益法人と云ひ營利を目的として且其利益を社員に分配することを目的とするものを營利法人と云ふ(註一)。

社團法人は之を公益法人及營利法人に別つことを得れども財團法人は營利法人たることを得ず、何れも皆公益法人なりとす。何となれば民法は營利を目的とする財團法人の設立に付ては何等の規定を設けざるを以てなり(註三)。

(註一) 公益法人と營利法人との區別の標準に關しては學說岐る。或は(一)法人の直接の目的事業が性質上公益的のものなるや又は營利的のものなるやに依り之を區別すべしと爲し(註a)、或は(二)社員に利益を分配することを目的とする法人が營利法人にして社員に利益を分配せざる法人にして公益に關係ある法人を公益法人なりと爲し(註b)、從て此說に依れば公益法人たるには法人の經營する事業の營利事業たるは之を問はず利益を社員に分配

公益法人と
營利法人との
區別の標
準

せざるものなることを要するものなるを以て營利事業にして且公益に關する例へば病院劇場運動場等の經營を營む團體が公益法人なりや營利法人なりやを區別する標準は之を社員に利益を分配すると否とに求むべきものと爲すなり。然れども我國に於ける通説は(三)其設立の究極の目的 (Endzweck) が公の利益を圖るに在るや又は社員の經濟上の利益を圖るに在るやに依り區別すべしと爲すものにして(註c)、其他或は本文説示の如く説明するなり(註d)。

(註a) 岩田氏公益法人と營利本人との區別志林一八卷九號四〇頁以下一〇號三五頁以下一一號六七頁以下。

(註b) 岩田氏總論一二三頁、山下氏總論一二〇頁、嘉山氏總論一一五頁。

(註c) 菅原氏民法論一卷二二〇頁、睡道氏要論二二二頁、中島氏釋義一卷二三四頁、穂積氏總論二〇〇頁、鳩山氏總論一五五頁、大谷氏總論九八頁、石田氏總論一一七頁、小池氏總論一三四頁。

(註d) 松本氏營利法人の觀念法協二八卷三六七頁、田中(耕太郎)氏相互保險會社の性質新報二九卷四號一〇三頁、吉田氏總論一〇四頁、我妻氏總論二二四頁(同氏は専ら構成員の私益を目的とし從て團體の利益を結局構成員に分配するものを營利法人とせらる)。

遊佐氏概論總則一一〇頁一一一頁。

(註二) 公益を目的とするものを公益法人と云ひ、營利を目的とし且其利益を社員に分配することを目的とするものを營利法人と云ふと雖、公益法人は必ずしも公益のみを目的とし營利事業を爲すことを得ず又營利法人は營利のみを目的として公益事業を爲すことを得ざるものに非ず。公益法人が公益の目的を達する附隨の手段として營利事業を爲すも其營利事業を目的として爲すに非ざる以上は公益法人たるに妨げなく、又營利法人が營利の目的を達する附隨の手段として公益事業を爲すことあるも營利法人たるに妨げなし。例へば公益法人たる私立大學が講義録を發賣し私立技藝學校が其製作品を販賣して各其實得金を維持資金に編入し或は營利法人たる新聞社が無料音樂會を開催し或は公衆の爲

め各所に無料休憩所又は茶吞所を設置して新聞社の廣告を爲し因て以て其發行する新聞の販路を擴張せんとするが如き是れなり。然れども公益と營利とを併せ目的とする法人を公益法人又は營利法人の何れかとして認め得るやの點に付ては疑あり。或は公益事業及營利事業を併せ目的とする法人は之を營利法人と爲し、公益を主たる目的營利を従たる目的とする法人は之を公益法人と解すべしと爲し(註a)、或は又民法は「公益ニ關スル社團又ハ財團ニシテ營利ヲ目的トセサルモノ」と規定せるは公益法人は營利法人と相兼ねることを得ざる旨を定めたるものなり、故に例へば營利事業より生ずる利益の一部を社員に分配し他の一部を以て公益事業を行ふことを目的とする社團は公益を目的とする社團と云ふことを妨げざるも同時に營利を目的とせざるものと云ふことを得ず、故に公益法人たることを得ず、苟も營利が他の目的の手段たる以外に目的として獨立の存在を有する以上は之を營利を目的とする社團に非ずと解することを得ず、其目的の主たると従たるを問はず、從て公益事業を目的とすると同時に社員に利益の分配を爲すことを目的とする以上は營利法人なりと爲し(註b)、或は又公益と營利の二個の目的を兼ねる法人は其二個の目的が對等のものなる場合は勿論其間に主従の關係ある場合と雖我民法上は營利法人としても成立することを得ず、從て此場合には公益法人と營利法人との二個の法人を設立するの外なしと爲す(註c)なり。然れども民法は公益法人に付ては公益を目的とすることを積極的要件と爲すと同時に營利を目的とせざることを消極的要件と爲せるを以て(三四條)、公益と營利とを併せ目的とする法人は其目的が對等なると主従の關係に在るとを問はず之を公益法人なりと爲すことを得ざるは明なり。然れども營利法人に付ては民法は營利を目的とすることを積極的要件と爲すのみにして公益を目的とせざることを消極的要件と爲ざるを以て、營利を主たる目的とし公益を従たる目的とする場合に於ては之を營利法人と爲すに妨げなきものと解するを相當とす(註d)。

(註a) 中島氏釋義一卷二三五頁。

大谷氏亦營利を目的とすると同時に公益を目的とする場合は營利法人なりとせらる(同氏總論九八頁)。

(註b) 松本氏營利法人の觀念法協二八卷三七二頁、其他鳩山氏總論一五六頁。

(註c) 菅原氏民法論一卷二二四頁。

(註d) 石田氏は法人が公益と營利とを同時に目的とするときは公益法人にあらざること明なり、營利法人は營利のみを以て唯一の目的とせざるべからざる理由なきを以て營利を目的とする以上公益的目的を兼ねるも尙營利法人なりと解するを正當とすと主張せらる(同氏總論一一八頁)。

(註三) 公益又は營利の何れにも屬せざる目的を有する法人の如きは特別法に依り認めらるる場合(例へば相互保險會社の外民法に於ては何等の規定を設けざるを以て之が成立を認むることを得ず。例へば單に社交を目的とする法人の如き是れなり。相互保險會社は社員利益を目的とする法人なれども其利益を社員に分配することを目的とするものに非ざるを以て營利法人に非ず。又公益を目的とするものに非ざるを以て公益法人に非ず、結局特殊の社團法人なりと謂はざるべからず(保險業法參照)(註a)。但此點に付ては營利法人を以て社員の經濟上の利益を圖ることを以て究極の目的として設定せられたるものと爲す説を採る者の中に於ても異説あり。其説に依れば法人設立の究極の目的が社員利益の經濟上の利益を圖るに在りて法人が此社員利益を圖る目的を達するに適する事業を爲すものたる以上は法人自體が第三者より經濟上の利益を獲得すべき事業を爲さざるも營利法人たるに妨なしと云ふに在りて、從て消費組合購買組合信用組合相互保險會社及無盡會社も亦營利法人なりと爲すなり(註b)。

(註a) 同趣旨田中氏相互保險會社の性質新報二九卷一〇四頁。

(註b) 菅原氏民法論一卷二二三頁。結果に於て同說藤道氏要論一卷二二二頁、穗積氏總論二〇〇頁、中島氏釋義一卷二三六頁、石田氏總論一一八頁。

4 商會社 (Handelsgesellschaft) 及民事會社 (Bürgerliche Gesellschaft)

營利法人は之を商會社及民事會社に區別することを得べし。

商會社は商行爲を業とすることを目的とする法人にして、民事會社は民法の法人にして其目的が商行爲に非ざる營利を業とする法人を云ふ。礦物の採掘販賣を目的とし農業林業又は漁業を營むことを目的とする法人の如きは即ち民事會社に屬す。

内國法人及
外國法人

5 内國法人 (Inländische juristische Person) 及外國法人 (Ausländische juristische Person)

内國法人とは我國の法律に依り成立したる法人を云ひ、外國法人とは外國の法律に依り成立したる法人を云ふ。内國法人と外國法人との區別の標準に關しては學說岐る。或は(一)設立者の國籍の内外に依りて内外法人を區別し(設立者主義)(註一a)、或は(二)法人設立行爲の完成したる地の内外に依り内外法人を區別し(設立地主義)(註一b)、或は(三)法人の住所の内外に依り内外法人を區別し(住所主義)(註二)、或は(四)法人成立の準據法の内外に依り内外法人を區別し(準據法主義)(註三)、或は(五)内國法に依りて設立せられ内國に住所を有する法人を内國法人と爲し(註四)、或は(六)法人の目的たる事業を主として我國に於て遂行する法人が内國法人なりと爲さんとするなり(事業地主義)(註五)。然れども法人は實在の組織體にして設立者とは別箇獨立の人格者なることに想到せば右設立者主義の誤れることは言を俟たず。又法人設立行爲の完成は其準據したる法律に依りて決せらるべきものなるを以て此準據法を知るに非ざれば設立行爲の完成したるや否を決定し得ざるを以て設立地の如何は法人の内外を區別するの標準と爲すことを得ず。尙我民法の解釋としては我國の法律に依り設立する法人は我國に住所即ち主たる事務所を有することを必要とすれども他の法律に依り主たる事務所を我國

に置くことを必要とせず、外國に之を置くことに因りて尙内國法人の成立を認むる場合あると(明治三二年法律第七〇號六條以下、明治四三年外務省令第五號一條參照)外國の法律に依りて成立したる法人が主たる事務所又は本店を我國に移轉するも特に我國に於て主務官廳の許可を受けざる如き場合を觀察するときは單に住所の内外に依りて内外法人を區別する住所主義の採用すべからざること又明なりと云はざるべからざるのみならず、住所主義と準據法主義を併用する主義も亦之を採用することを得ず。法人は法律に依りて權利能力を附與せらるるものなるを以て法人成立の準據法の内外に依り内外法人を區別する準據法主義を採用するを以て至當なりと信ず。

(註一a)(註一b) (1)及(11)の學說に付ては山田氏外國法人論穂積先生還曆祝賀論文集八八二頁以下參照。同氏は(1)の

説と(11) Vareilles-Sommières, op. cit. p. 615 et suiv; Brocher, Droit international Privé, t. I. p. 193. (11)の

説と(11) Congrès international des Sociétés par actions de 1900, compte rendu, p. 208 et suiv を擧げらる。

(註二) 石田氏總論一八一頁、嘉山氏總論一一四頁、松岡氏總則二六二頁、山田氏前掲論文前掲論文集八九二頁以下。

(註三) 法曹會決議内外會社の區別の標準に關する件記事一八卷四號三一頁、中島氏釋義一卷二四三頁、菅原氏民法論一卷三五五頁、梅氏外國法人に就て志林四六號五五頁、我妻氏總則三〇七頁、大谷氏總論九〇頁、遊佐氏概論總則一六三頁、富井氏原論一卷三一二頁、曄道氏要論一卷二五五頁、穂積氏總論二二四頁、川名氏總論一二八頁、平沼氏總論二九六頁、長島氏總論一四八頁、近藤氏總則一四五頁。

(註四) 松本氏我國法上に於ける外國會社志林一三卷五號三頁以下、同氏外國會社の意義再論志林一四卷九號一頁以下、鳩山氏總論二三〇頁、山下氏總則一二二頁。

(註五) 岩田氏總論一三〇頁、小池氏總論一六〇頁。

第二目 權利能力の始終

第一 權利能力の發生

自然人の權利能力の發生
總說

第一自然人の權利能力の發生 一總說

自然人の權利能力は出生に始まる。我民法に於ては權利能力なる語を用ひず。佛蘭西民法に則り私權の享有 (Jouissance des droit civils) と稱し、其第一條に「私權ノ享有ハ出生ニ始マル」と規定せり。

出生とは胎兒が活きて母體より分離するの事實を云ふ。胎兒が母體より全部脱出したる以上は臍帶の切断あると否とは之を問はず。此出生の時期に付ては一部露出説、全部露出説、獨立呼吸説、初聲説、陣痛説等ありて一部露出説を以て刑法上の通説と爲せども、民法上に於ては全部露出説を以て通説とす(註一)(註二)。

羅馬法獨逸普通法佛蘭西民法等は出生兒が生存能力を有することを必要とし、又羅馬法獨逸普通法等は出生兒が人間の形態を備ふることを必要とし、所謂鬼胎なるものに付ては權利能力を認めざりしと雖、我民法は獨逸民法と同じく之を採用せず。從て胎兒が活きて母體より分離したる以上は其生存能力を有すると否と其形態容貌の如何は問ふ所に非ず。

雙生子又は三ツ兒の場合に於ては先に母體より分離したる者を以て年長者と爲すべきものとす。

民法は中性兒を認めず、人は法律上男性又は女性の何れかに屬すべきものなり。故に其性に付き疑ある場合に於ては醫學上の判斷に任ずるの外なく、或は其主たる性に依りて男女を區別すべきものならんも、若し全く此

區別を爲すこと能はざる者ならば男女の別に依り適用を生ずべき法規(例へば婚姻の規定男女の別に依る家督相続人の順位に關する規定等)は中性兒には其適用なきものと云はざるべからず。然れども中性兒と雖人なるを以て權利能力を有することは勿論なりとす。

(註一) 獨逸民法は其第一條に「人の權利能力は出生の完成を以て始まる」と規定し此旨を明にせり。

(註二) 獨立呼吸説鳩山氏總論四三頁、岩田氏總論四四頁、山下氏總則五一頁、平沼氏總論一二八頁。

二胎兒の權利能力

人は出生に因り初めて權利能力を享有するものなるを以て、出生前に於ては如何なる場合と雖權利能力を享有することなし。故に胎兒は權利能力を有せず、從て權利の主體に非ず。

我民法は不法行爲の損害賠償請求權、家督相続權、遺產相続權及遺贈に付てのみ胎兒は既に生れたるものと看做すと規定すれども(七二一條九六八條九三條一〇六五條)(註一)、此場合に於ても胎兒に權利能力を附與したるものに非ず、唯胎兒が活きて生れたるときは懷胎の時に遡り即ち不法行爲ありたる時、相續開始したる時又は遺言者死亡の時に既に出生し權利能力を取得するものと看做したるに過ぎず(註二)(註三)。

(註一) 羅馬法に於ては胎兒保護の一般的法則を設け、胎兒は其利益に關しては既に生れたるものと看做すと爲したれども、近世に於ける多數立法例は何れも皆一般的保護の規定を設けず、各特殊の場合に於ける保護の規定を設くるに過ぎず。

(註二) 胎兒が法律上生れたりと看做する時期と事實出生したる時期との間に於ける胎兒の法律上の地位如何の問題に付ては兩説あり。一は所謂法定の解除條件説にして他は法定の停止條件説是れなり。前者は胎兒は出生前に於て既に權利能力を有し死して生れたるときは溯及的に之を失ふものと爲し(註三)、後者は本文説示の如く胎兒は出生前に於て

胎兒の權利能力

は權利能力を有せず生きて生れたる場合に其權利主體と爲りたる法律効果が胎兒たりしときに遡及するものと爲すなり(註b)。後説を正當とす。

(註a) 中島氏釋義一卷九一頁、山下氏總則四八頁、小池氏總論三九頁、末弘氏各論一一〇四頁、近藤氏總則三二頁、曄道氏要論一卷一五二頁。曄道氏は尙胎兒を以て死産を法定解除條件とする現在の權利能力者と爲す結果必要なる範圍内に於て自然人殊に未成年者に關する規定を之に準用し得るものと爲し(同氏要論一卷一五三頁)、中島氏及山下氏亦同趣旨の解釋を採らる(中島氏釋義一卷九二頁、山下氏總則四九頁)。

松本氏家督相續人たる胎兒を論ず新報二四卷一號八頁以下(同氏は胎兒は制限的權利能力者なれども其權利を行使するの機關なきを以て其權利を行使する手段を有せずとせらる)。相續に對する胎兒の權利能力に付き同趣旨島田鐵吉氏胎兒の相續權横田博士還曆教授二十五年祝賀記念論文集五五五頁以下。

(註b) 鳩山氏總論四四頁、同氏各論九四九頁、菅原氏民法論一卷一六二頁、岡松氏人の始終内外論叢記演講集六七頁、穂積氏總論一一〇頁、松本氏註釋民法八五頁、川名氏總論三七頁、大正六年五月一八日同一〇年三月七日大判民錄二三輯八三一頁二七輯四九九頁、遊佐氏概論總則六二頁、石田氏總論五二頁、三淵氏新講五七頁、松岡氏總則一三七頁、平沼氏總論一三〇頁、嘉山氏總論六二頁、齋藤氏總則三六頁、同氏總則講義三二頁、柳川氏相續註釋上一五六頁、外岡氏相續四五頁。

法曹會決議亦同趣旨なり(胎兒は損害賠償の請求及相續に付き當事者の能力ありや否の件記事一八卷三號四九頁)。但此決議に對し甲乙少數意見あり。甲少數意見(入江氏池田氏)及乙少數意見(志方氏鈴木氏須賀氏)は孰れも家督相續並不法行爲に因る損害賠償の請求權に付ては胎兒は既に生れたるものと看做さるるを以て私權享有の能力ありと爲し、甲意見は胎兒は以上の事項に付ては權利能力者なれども意思能力なきを以て一般未成年者代表の規定に従ひ

親權者又は後見人に於て胎兒を代表し得べしと爲し、乙意見は胎兒は未成年者に非ざるを以て未成年者の法定代理の規定に依り法定代理人を有するものと認むることを得ざるに因り實際上胎兒は自ら訴へ又訴へらるること能はずと爲す(同上五二頁以下)。

(註三) 胎兒が出生前他人の爲に其身體を傷害せられたる場合に於て出生後其他人に對し身體權侵害に因る不法行爲の損害賠償を請求し得るやに付ては疑あり。或は民法第七二一條に依り胎兒が既に生れたるものと看做さるるは胎兒の權利能力に關し其被害能力に關せず即ち胎兒自身が加害行爲の物體たらず而も請求權の主體たる場合に限るものと爲し從て胎兒は損害賠償請求權を有せずと爲し(註a)、或は母が他人に突き飛ばされたる爲め子の腕が折れて生れたる如き場合には民法は胎兒を後れたるものと看做し生後に損害賠償を爲すことを許し居るものと爲すなり(註b)。

(註a) 長島氏母體を害せずして胎兒のみ傷害せられたる場合の要償權者新報二七卷一〇號八四頁以下、同氏總論五三頁。
(註b) 三淵氏新講五七頁。

法人の權利能力の發生
總說

第二法人の權利能力の發生
一總說

權利能力は自然人たると法人たるとを問はず總て法律の附與に因りて生ず。古羅馬に於ては奴隸は自然人なるも義務を負擔する能力即ち義務能力を有するに止まり法律上權利能力を附與せられざりしが故に權利の主體に非ず。從て人にして權利主體に非ざるものありしと雖、今日に於ては自然人は總て其出生と共に權利能力を附與せらるるが故に總て權利の主體なり。自然人は自然に權利能力を有するものに非ず、法律の附與に因りて初めて權利能力を有し得べきものとす。而して法人に在りても亦其權利能力の發生は自然人と同様法律の附與に基くものにして、法人が自然的に權利能力を有することなし。故に權利の主體たる法人は法律に依るに非ざれ

ば成立することなし。從て民法は其第三三條に於て「法人ハ本法其他ノ法律ノ規定ニ依ルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス」と規定し、法人は法律が之に權利能力を附與するに非ざれば成立せざることを明にすると共に、法人設立の要件は憲法上の法律を以てするに非ざれば之を定むることを得ざることを示せり(註一)(註二)。

(註一) 同趣旨鳩山氏總論一五九頁、中島氏釋義一卷二三八頁。

反對岩田氏、同氏は民法第三三條の法律が憲法上の法律なりとの説に反對せられ何故に本條に限り法例第二條が適用せられざるかが不明なるのみならず民法施行法に於て神社寺院に民法法人の規定を適用せずとしたるは(同法二八條)寧ろ此等のものの慣習法上の人格を是認したるが爲なりと主張せらる(同氏總論一一一頁一二六頁)。

(註二) 法人なる權利主體を認むるは固より吾人人類共同生存上の必要に基くものなれども、自由に之が設立を許すときは其設立に伴ふ弊害も亦尠からざるを以て、我民法は法人設立の條件として總て法人は民法其他の法律の規定に依るに非ざれば成立することを得ざるものと爲したるなり。

私法人には民法の規定に依りて其成立を認められ權利能力を附與せらるものと民法以外の法律に依りて成立を認めらるものとあり。民法以外の法律に依りて成立を認めらるる法人は商法に於ける商會社、保險業法に於ける相互保險會社、産業組合法又は重要物産同業組合法に依り認めらるる産業組合又は同業組合等是れなり。尙民法施行法に依れば同法施行前より獨立の財産を有する社團又は財團にして祭祀宗教慈善學術技藝其他公益を目的とするものは之を法人として認めらる(民法施行法一九條)。

法人の權利能力の始期

二法人の權利能力の始期

法律は出生なる要件の下に自然人なる權利主體の發生を認むると同様法人の成立(設立)なる要件の下に法人な

る權利主體の發生を認む。法人成立の時期は即ち法人の權利能力の始期なり。

法人の權利能力の始期は法人の種類に依りて異なり、公益法人に在りては主務官廳の許可ありたる時(三四條)、營利法人中合名會社合資會社に在りては定款作成の時(商法四九條一〇五條)、株式會社に在りては或は株式總數の引受ありたる時(商法一二三條)、或は創立總會終結の時(商法一三九條)、株式合資會社に在りては創立總會終結の時(商法二二六條二項一三九條)等なり。

三法人設立に關する主義

法人の設立に付ては種種の立法主義あり。一は自由設立主義(System der freien Körperschaftsbildung)と稱し、法人の設立に何等の條件を必要とせず自由に其設立を許し其成立に因り當然之に權利能力を附與する主義(註一)、二は特許主義(Oktroyssystem)と稱し、主權者の命令又は特別の法律に依り法人を特許する主義(註二)、三は許可主義(Konzessionsystem)と稱し、行政處分即ち行政廳の許可に因り法人を設立する主義、四は準則主義(Normativsystem, System der Normativbestimmungen)と稱し、法律が豫め規定しおきたる法人成立に關する一定の條件を具備したるものは特許又は許可を要せず當然法人とする主義是れなり。

我國に於ては民法第三四條に祭祀宗教慈善學術技藝其他公益に關する社團又は財團にして營利を目的とせざるものに付ては主務官廳の許可を得て之を法人と爲すことを得る旨を規定し公益法人に付ては許可主義を採り、又第三五條には營利を目的とする社團は商會社設立の條件に従ひ之を法人と爲すことを得と規定し、營利法人に付ては準則主義を採用せり。但し例外として日本銀行、橫濱正金銀行、日本勸業銀行、日本興業銀行、南滿洲鐵道株式會社、臺灣銀行、朝鮮銀行、北海道拓殖銀行、東洋拓殖株式會社、日本無線電信株式會社等は此

等銀行會社の爲め特に設けられたる各法律の規定に依りて設立せられ特許主義を採り、又府縣農工銀行及株式組織の取引所の如きは其設立に行政官廳の許可を要件と爲せり(農工銀行法取引所法參照)。

(註一) 此主義は羅馬法及獨逸普通法の採用せし所に係り中世商會社の勃興に際り行はれたりとのことなるも、今日に於ては法人の濫設を虞れて此主義を採用する立法例なし。

(註二) 主權者の命令に依り法人を特許せるものは英國に於ける東印度會社英領南阿弗利加會社の如き即ち是れにして、此等の會社は勅許(Royal charter)に依りて設立せられたるものなり。

四法人の設立

A 社團法人の設立

1 社團法人設立の要件

民法第三五條には營利を目的とする社團は商會社設立の要件に従ひ之を法人と爲すことを得と規定し、又商法第四二條第二項に依れば營利法人は商行爲を爲すを業とするものに非ざるも之を會社と看做し總て商法會社に關する規定の適用を受くるものなるを以て、茲に説明するは公益を目的とする社團法人に關してのみならず。

社團法人設立の要件は設立行爲(Crindungsakt)及主務官廳の許可是れなり。

イ 社團法人が有效に成立するには先づ第一に二人以上の設立者が設立行爲を爲すこと即ち之を形式的に云へば定款を作成することを要す。設立者の員數に付ては民法には商法に於て株式會社の發起人を七人以上と爲せるが如き(商法一九條)何等の規定なきを以て其數に制限なきも、設立行爲の性質上二人以上を必要とするは當然

第一要件

法人の設立
社團法人の
設立
社團法人設
立の要件

なり(註一)(註二)。其自然人なると法人なるとは之を問はず。而して設立者は法人が成立したるときは當然其社員と爲るなり。

(註一) 乾氏は、人的法人の設立は複數人の結合を要件とすれども其存續は單獨社員を以て足ると爲せる立法例少なからざるより見れば單獨社員を以て組織する人的法人なるものは少くとも觀念上に於ては到底否認することを得ざるものにして既に法人の存續に付き單獨社員を認むる以上は(民法六八條二項二號參照)其設立に付ても亦等しく之を認むることとは論理上毫も差支なしと爲し、單獨社員法人制度採用の必要を主張せらる(同氏單獨社員の法人法協四五卷一四一五頁以下)。

(註二) 英法に於ては所謂「コーポレーション、ソール」(Corporation sole)と稱し單獨社員より爲る法人の存在を認む。例へば王の資格に於ける王者の如きは其顯著なるものなり。

設立行爲の性質

口 設立行爲の性質に付ては大に議論の存する所なり。或は設立行爲は設立者間の契約なりと解する説あれども(註一)正當に非ず。要するに設立行爲は契約に非ずして所謂合同行爲又は共合行爲(Gesamtakt)と稱するものなり(註二)。蓋し此設立行爲は社團法人なる權利主體を創設することを目的とする法律行爲にして此同一の目的を内容とする意思表示の合致より成立し契約の如く相對立する意思表示の合致に非ざればなり(註三)。尙或は設立行爲は法人の設立を目的とする數箇の一方的意思表示が並存するものに外ならず、即ち設立行爲は契約にも合同行爲にも非ざる單獨行爲なりと爲す説あり(註四)。又一の共合行爲より成る單獨行爲なりと爲す説あり(註五)。而して此法人設立行爲は書面に依ることを必要とする要式行爲にして即ち定款を作成し依て社團法人設立の意思を表示することを要するなり。

(註一) Enneccerus, Lehrbuch I § 89. 松岡氏總則二七〇頁、松波氏日本會社法一二四頁以下、平沼氏總論二八五頁。近藤氏は設立行爲は設立者相互の關係に於ては契約なるも、其内容が定款に記載せらるると同時に一般公衆に對する設立者の一方的意思表示たる性質を有し、此意味に於て合同行爲として理解することを得と説かる(同氏總則一四〇頁)。

(註二) 菅原氏民法論一卷二三八頁、岡松氏法律行爲論京法七卷一六六〇頁、鳩山氏註釋民法三七頁、同氏總論一六六頁、穗積氏總論二〇五頁、石坂氏日本民法一七五五頁、我妻氏總則二三八頁、大谷氏總論一〇六頁、遊佐氏概論總則一六頁、石田氏總論一二頁、三淵氏新講一一六頁、山下氏總則一三五頁、長島氏總論一四一頁。

(註三) 或は社團法人の設立行爲は權利義務の關係を生ぜしむる行爲に非ずして法人格を創設する行爲なりとの觀察に基き之を法律行爲に屬せず社會法的創設行爲 (Sozialrechtlicher Konstitutivakt) なりと爲す説あり (Gierke, Privatrecht I S. 486)。然れども法律効果は權利義務の發生變更消滅にのみ限らるるものに非ず、此等の變動以外之に影響ある法律上の變動も亦法律效果中に包含さるるものなること既に述べたる如くなるを以て、此設立行爲も亦法律效果の發生を目的とする意思表示より成る行爲即ち法律行爲なること勿論なりとす。

(註四) 中島氏釋義一卷二五一頁四二頁。

(註五) 小池氏總論一四一頁、岩田氏總論一六六頁、松本氏會社設立行爲性質論新報二五卷五號五五頁以下(同氏は社團法人の設立に當りては設立者相互間には必ずや法人の設立を目的とする債權契約なかるべからず、而して其契約の履行行爲として法人設立行爲が行はるるものたり、其設立行爲たるや當初の債權契約の履行行爲たる以外に於ては尙も行爲者間の法律關係に交渉なきものにして其效果は各個の行爲者と未來の法人との間の拘束を目的とし法人なる新人格者を創設するに在り、若し財團法人設立の寄附行爲を單獨行爲なりとすれば社團法人の設立行爲に付ても論結を異に

すべき理由は尙も存在せざるなり、唯寄附行爲が通常一人にて單獨的に爲さるるものたるに反し又數人の場合に於ても其數人が共同して寄附行爲を爲すべき契約を結び合的に寄附行爲を爲すことの偶然なるに反し社團法人の設立行爲は必然的に數人にて共同的に爲さるべきものとす、是れ兩者間に存する唯一の相違にして其法律上の性質に至りては此他に別異の點を存せずと主張し、共合行爲を契約及單獨行爲以外に存在する別種の法律行爲なりとするは余の探らざる所にして余は數人が共同して單獨行爲を爲し又は契約の申込若は承諾を爲す場合を共合行爲と認むるに止むるを正當とすと説明せらる)。

定 款

ハ定款 (Satzung) とは社團法人の組織活動に關する規則にして書面に作成したるものを云ふ(註一)(註二)。故に未だ書面に作成せざる協定は定款と云ふべからず。唯法人設立の準備行爲たるに過ぎざるものとす。法人設立の爲め此等準備行爲を爲すの必要上通常成立する發起人團體は未だ人格を有するものに非ずして既に説明したる如く(本書二卷四七二頁)權利能力なき社團に屬するものとす。

定款に記載すべき事項を別ちて必要事項及任意事項とす。必要事項とは民法第三七條に定むる所にして其一にても之を缺くときは定款として其效力なきものなり。即ち(一)目的(二)名稱(三)事務所(四)資産に關する規定(五)理事の任免に關する規定(六)社員たる資格の得喪に關する規定是れなり。任意事項とは右必要事項以外の事項なり。之を記載すると否とは設立者の自由に屬するものにして、此記載は法人に關する民法其他の法律の規定に牴觸せざる範圍内に於ては有效なりとす。即ち此等任意事項と雖之を定款に記載するときは定款の一部を爲し必要事項と同一の效力を有す(註三)。

定款は法人成立の要件なるを以て其設立の時に於て存在すべきものなるも、法人成立後に至り之を變更するこ

とを妨げず。茲に定款の變更と云ふは定款の規定の變更即ち定款に記載せる事項の變更を云ふなり(註四)。定款の變更は總社員の四分の三以上の同意あるときに限り之を爲すことを得、但定款に別段の定めるときは其定に従ふべきものなり。例へば定款に總社員の同意に依り又は過半数の決議に依るべきことを各規定せる場合には夫夫總社員の同意に依り又は過半数の決議に依り定款の變更を爲すことを得るなり(三八條一項)(註五)。定款の變更が效力を生ずる爲には主務官廳の認可を受けざるべからず(三八條二項)。

(註一) 定款が法律の效力を有するものなりや否に付ては議論の存する所にして、或は之を以て法律行為上の約款にして從て其效力は法律行為上の效力に過ぎずと爲し(註a)、或は之を法律なりと爲し其效力を法律的效力なりと爲すなり(註b)。然れども定款は勿論法律には非ず。然れども一種の協定規則にして合同行為に基き法律に牴觸せざる範圍内に於て恰も法律と同様の效力あるものと爲されたるものなりと解するを正當とす。

(註a) Crome, System I § 18; Ebnecerus, Lehrbuch I § 40.

(註b) Regelsberger, Pandekten I § 24; Biemann, Bürgerl. R. I § 134.

(註二) 定款に設立者の署名を要するや。民法には商法(五〇條一二〇條)に於けるが如く設立者の署名を要する旨の特別の規定なきを以て之を消極に解すべし。蓋し營利社團法人たる會社に在りては定款の作成又は株式總數の引受或は創立總會の終結等に因りて成立し主務官廳の許可等を必要とせざるを以て發起人たる設立者をして定款に署名せしめ以て其内容の眞正なること設立者の何人なるやを證明せしむる必要ありと雖、公益社團法人に在りては法人は主務官廳の許可に因りて始めて成立し定款の作成に因り直に成立するものに非ず、主務官廳の許可に因り始めて法人の成立を來すものなるを以て定款の内容が眞正なること設立者の何人なるやは適宜の方法に依り之を知り得べからしむれば足る

ものと爲したるに依るものと解するを正當と爲せばなり(註a)。

(註a) 同趣旨大正一二年五月一日大判民集二卷二八九頁、藤田(東三)氏定款には設立者之に署名捺印することを要せず(右判例評釋)法協四二卷一三三三頁。

(註三) 民法に於て任意事項として定款に記載せらるべきことを豫想せるもの尠からず。例へば第三八條第一項但書、第五條第二項、第五五條、第五八條、第六二條、第六三條、第六五條第三項、第六八條第一項第一號、第六九條但書、第七二條、第七四條但書等是れなり。

(註四) 法人の目的の變更も亦定款の變更中に包含せらるるものなり(通説なり)。此點に付ては或は法人の目的は法人の生命なるを以て之を變更し得べからず之が變更を爲したるときは舊法人は消滅し新法人が設立されることと爲ると爲す説あれども(註a)非なり。然れども法人の目的たる公益事業を變じて營利事業と爲すことは固より之を許さざるものとす。蓋し公益法人と營利法人とを區別せる法規は強行法規にして總社員は此強行法規に反する決議を爲すことを得ざるを以てなり(註b)。

(註a) 中島氏釋義一卷二五三頁。

(註b) 同趣旨菅原氏民法論一卷三二六頁、鳩山氏總論二〇三頁。

(註五) 定款に定款の變更を許さざる旨の規定ある場合に於ても尙定款は之を變更することを得べし。然れども此場合に於ても尙總社員の四分の三以上の同意あるを以て足るや否に付ては議論あり。或は此場合に於ても尙四分の三以上の同意を以て禁止を解き得と爲し(註a)、或は此場合に於ては四分の三以上の多數決に依る決議方法を規定せる法規の適用を排除する潜在的効力を認め斯の如き定款の禁止を普通の方法たる四分の三以上の同意に依りて破ることを得るものと解するは著しく當事者の意思に反すと爲し、多數決に依り變更し得と爲す場合には總社員の同意を要する

こと當然なるを以て定款は總社員の同意のみを以て之を變更することを得と解するなり(註a)。(註b) 菅原氏民法論一五六頁。

第二要件

二 社團法人が有効に成立する第二の要件として主務官廳の許可あることを要す(三四條)。

主務官廳とは法人の目的たる事業を主管する行政廳を意味するなり。例へば學術技藝を目的とする法人は文部大臣の許可を要し慈善救恤を目的とする法人は内務大臣の許可を要するが如き是れなり。若し法人の目的事業が數箇の主務官廳の管轄に屬するときは其總ての主務官廳の許可を要す。例へば日本赤十字社が其設立に際し内務省陸軍省外務省等の許可を経たるが如き是れなり。而して主務官廳の許可は行政處分にして設立者の組織したる社會的組織體に對し權利義務を享有し得る能力の附與を受け得る資格を附與する行爲なり。法人は既に述べたる設立行爲が有效に成立し且此許可ありたる時に於て初めて成立するものにして是れ即ち自然人の出生に該當す。而して登記は既に成立したる法人を公示する方法に過ぎず。從て主務官廳の許可は設立行爲に因り法人が成立するに必要なる所謂法定條件なりと云ふことを得べし。故に假令此許可ありたる場合に於ても設立行爲が無効なるか或は設立行爲が有効に成立するも此許可なきときは法人は成立することなきは勿論なりとす(註)。

設立行爲の撤回

2 設立行爲の撤回

社團法人は以上の二要件を具備したる時に成立するものなるを以て主務官廳の許可を得る以前に於ては設立者

ことを得ず(行政裁判法一五條、民法施行法二五條參照)(同趣旨菅原氏民法論一卷二四二頁、穂積氏總論二〇四頁)。

は其設立行爲を撤回することを得るを原則とす。民法は此點に付き何等の規定を設けずと雖、設立者が定款を作成したる以上は必ず法人を設立せざるべからずと云ふ法律上の義務を認むべき根據なきを以て、定款作成者の全部が同意を爲したるときは設立行爲を撤回し得るものと云はざるべからず。

財團法人の設立要件

B 財團法人の設立

1 財團法人設立の要件

財團法人設立の要件は設立行爲及主務官廳の許可是れなり。

第一要件

イ 財團法人が成立する第一要件として一人又は數人の設立者が設立行爲即ち寄附行爲を爲すことを必要とす。設立者が自然人なると法人なるとは之を問はず。而して設立者は社團法人に於けるが如く社員たる地位を取得することなし。

寄附行爲

ロ 寄附行爲 (Sittungsgeschäft) とは財團法人を成立せしむることを目的として無償にて財産を提供する相手方

なき單獨行爲なり(註一)。社團法人に於ける定款と同じく一定の事項を記載したる書面即ち寄附行爲書 (Sitzungsprotokoll) を作成することを要し(註二)、此書面自體をも亦寄附行爲と稱す。而して此書面を作成するに因りて財團法人設立行爲たる寄附行爲は完成するものとす。即ち社團法人の設立行爲と同じく要式行爲なりとす。提供せらるべき財産の種類に付ては何等の制限なきを以て不動産物權たると動産物權たると將又債權たるとを問はず。而して此財産提供行爲と財團法人設立行爲とは別箇の行爲に非ず、兩者相俟て寄附行爲を構成するものなり(註三)(註四)。

寄附行爲は生前處分を以て之を爲すことを得べきも單獨行爲なるを以て贈與又は遺贈に非ず。然れども無償の

財産提供行爲たるの點に於て贈與又は遺贈と類似せるを以て生前處分を以て寄附行爲を爲したるときは便宜上贈與に關する規定が準用せられ遺言を以て之を爲したるときは遺贈に關する規定が準用せらるるなり(四一條)(註五)(註六)。寄附行爲書は財團法人の組織活動に關する規則を定めたる書面にして社團法人に於ける定款に相當するものなり。

設立者が寄附行爲を以て定むることを要する事項は(一)目的(二)名稱(三)事務所(四)資産に關する規定(五)理事の任免に關する規定にして、此必要事項の外に任意事項を定むることを得るは定款の場合に述べたると同一なり。唯民法は定款の場合と異なり設立者が名稱事務所又は理事任免の方法を定めずして死亡したるときと雖其寄附行爲を無効とせず、裁判所が利害關係人又は檢事の請求に因り設立者に代はり之を補充することを要することと爲せり(三九條四〇條、非訟事件手續法三四條)。而して裁判所が此補充を爲したるときに於て寄附行爲は成立するものとす。

寄附行爲の變更に付ては議論の存する所なるも、設立者の爲したる寄附行爲を法人成立後に至り變更することは設立者の意思に反することあるべきを以て之を許さざるものと解するを相當とし、又之を通説とす。然れども寄附行爲に於て寄附行爲の變更を認め且其手續を定めたる場合に於ては其定に従ひ寄附行爲を變更することは設立者の意思に反するものに非ざるを以て之を爲し得るものと解すべく、是れ亦通説なり(註七)。而して此場合に於ては社團法人の定款の變更に關する第三八條第二項の如き規定なしと雖、此場合に於ても亦同條項を類推適用して主務官廳の許可を必要とするものと解せざるべからず(註八)。但反對説あり(註九)。

(註一) 二人以上共同して寄附行爲を爲す場合に於ても單獨行爲が競合するに過ぎず(同趣旨我妻氏總則二四二頁、山下氏

總則一三八頁、岩田氏總論一四一頁、小池氏總論一四三頁)。

或は此場合に於ては合同行爲なりと爲す説あり(穂積氏總論二〇九頁、石田氏總論一二七頁)。

(註二) 通説なり。反對長島氏總論一四三頁、同氏は、定款の作成に付て第三七條に記載なる文字あるに拘らず寄附行爲に付ては第三九條に斯の如き文字存せず、且非訟事件手續法第一四二條は法人設立の登記申請書に定款の添附を必要とする旨の規定ありて寄附行爲を證する書面に付ては何等規定を設くることなし、是等の規定より推すときは寄附行爲は必ずしも書面に依るを要せざるもの如し、但實際の事例に於ては書面に依らざる寄附行爲の存すること殆ど絶無なるべし、と主張せらる。

(註三) 此點に付ては異説ありて、財團法人の成立には財産を必要とせずと爲すなり。從て此説に依るときは財産の提供は寄附行爲の要件に非ず、財産提供行爲と財團法人設立行爲とは別箇獨立の行爲なりと云はざるべからず(註a)。然れども財團法人は財産を基礎とするものなるを以て財産の提供は寄附行爲の要件なりと云はざるべからず(註b)。

(註c) Enneccerus, Lehrbuch I § 110 嘉山氏總論一二三頁。

(註d) Kohler, Lehrbuch I § 145; Windscheid-Kipp, Pandekten I § 67.

我國に於ける通説なり。

(註四) 寄附行爲は相手方なき單獨行爲にして特定人に對して意思を表示することを要せず、又主務官廳に對する許可の申請も亦其成立要件に非ざるを以て、設立者が寄附行爲書を作成したる後主務官廳に對する設立許可の申請前死亡し又は能力を失ふも之が爲め寄附行爲は其效力を妨げらるることなく、相続人又は法定代理人に於て其申請を爲すことを得べし(同趣旨菅原氏民法論一卷二四七頁)。

(註五) 從て贈與者の擔保責任に關する規定(五五一條)、定期の給付を目的とする贈與の效力に付ての規定(五五二條)、遺

贈義務者の擔保責任に關する規定(一〇九九條以下)及遺留分に關する規定(一一三〇條一一三一條一一三七條)等の準用あり。

(註六) 財團法人設立に必要な財産を得んが爲め爲されたる寄附金募集に對する應募行爲と寄附行爲とは之を區別せざるべからず。蓋し寄附行爲は財團法人なる人格者を成立せしむる目的を以て財産の無償提供を爲す相手方なき單獨行爲なるに反し、右應募行爲は應募者が募集者をして財團法人設立の目的に之を利用せしむる爲め募集者に對して財産の寄附を爲す行爲なればなり。此財團法人成立前の寄附金募集に對する應募行爲の法律上の性質に付ては議論の存する所にして、各場合に付き一様に之を斷定することを得ずと雖、多くの場合に於ては當事者の意思を解釋するときは應募者は募集者に對して、財産を讓與し之と同時に募集者に其財産を唯財團法人設立の目的の爲にのみ之を利用すべき債務を負擔せしむるものにして、一種の信託行爲なりと解するを相當とすべし(同趣旨菅原氏民法論一卷二五〇頁、平野氏公募寄附金の性質法協四二卷一三三六頁、大正一二年五月一八日大判刑集二卷四一九頁)。嘩道氏は此場合に於ける當事者の意思に従へば或は募集者を事務執行員とする募集者出捐者の組合なりと解するか或は出捐者の出捐せる財産は定められたる目的の爲に支出せらるべしと云ふ負擔附にて募集者の所有に歸するものと解するかの二途に出でざるべく當事者の意思表示の内容明瞭ならざるときは第二の解釋を採るべきものと考ふと主張せられ(同氏要論一卷二二八頁)、近藤氏は當事者の意思不明なる場合には一種の信託行爲と解すべしと主張せらる(同氏總則一六〇頁)。

(註七) 寄附行爲に於て其變更手續を定めざる場合に於ても事務所のみは之を變更し得と解する説あり(鳩山氏總論二〇七頁、穂積氏總論二一〇頁、鳩山氏は民法第四〇條の類推適用に依り裁判所に其變更を請求し得るものとせらる)。岩田氏は尙事務所のみならず名稱又は理事任免に關する規定が實行不能と爲りたる場合には四〇條の規定を準用し裁判所に請求して新に之を定め得るものと主張せらる(同氏總論一七二頁)。

(註八) 同趣旨乾氏寄附行爲の變更と主務官廳の認可志林一六卷二號三〇頁、平沼氏總論三二六頁、松岡氏總則三一二頁、穂積氏總論二一〇頁、鳩山氏總論二〇八頁、近藤氏總則一六三頁、其他中島氏釋義一卷二六一頁、西川氏寄附行爲の變更新報二〇卷二號八四頁、菅原氏民法論一卷三二七頁、大谷氏總論一一八頁等は孰れも主務官廳の許可を必要とすとせらる。

(註九) 反對説は或は其變更方法を定めたる寄附行爲に基きて財團法人の設立を許可したる場合に於ては主務官廳は豫め暗黙に包括的なる寄附行爲變更の認可をも與へたるものと認むることを得べしと爲し(杉山氏質疑解答法典質疑問答第一編一〇九頁以下)、或は寄附行爲中に法人の目的の變更を爲し得ることを定めたる場合に於ては其變更に主務官廳の認可を必要とするの理由なし、寄附者の定むるところに従ひて變更を爲したるに主務官廳が認可を與へざる場合を生ずることを得ざるが故なりと爲す(川名氏總論九三頁)なり。

第二要件

ハ財團法人が有効に成立する第二の要件として主務官廳の許可あることを要す(三四條)

財團法人は社團法人の場合と同じく此許可ありたる時に成立するものにして、設立者が生前處分を以て提供したる寄附財産は此許可ありたる時より當然法人の財産を組成し、又遺言に因る寄附財産は遺言の效力を生じたる時即ち遺言者の死亡の時より法人に歸屬したるものと看做さるるものにして(四二條)、獨逸民法(八二條)に於けるが如く法人の設立が許可せられたる時に於て設立者が法人に對し寄附財産を法人に歸せしむべき債務を負擔するに止まるものに非ざるなり。而して法人の成立と同時に如何なる種類の權利が法人に歸屬するかは設立者の財産出損の意思表示の内容如何に依りて定まるべきものにして、其意思表示が物權的なる場合に於ては其出捐せられたる財産權は法人の成立と共に當然法人に歸屬すべく、其意思表示が債權的なる場合に於ては法人

は其成立と同時に設立者又は其相續人に對し寄附せられたる財産權の移轉を請求する債權を有するに至るものとす(註)。

(註) 同趣旨川名氏總論九五頁、曄道氏要論一卷二三〇頁、菅原氏民法論一卷二五三頁(菅原氏は尙具體的財産を以て出捐の目的物と爲せる場合には寄附行爲者は讓渡契約を要せずして物權的に當然其財産を法人に歸屬せしめんとする意思を有すること通常なるを以て此場合に於ては寄附行爲上反對の意思の表はれざる限りは此財産は當然法人に歸屬すと解せらる)。

寄附行爲の撤回

2 寄附行爲の撤回

財團法人は叙上の如く寄附行爲が完成し主務官廳の許可ありたる時に成立するものなるを以て、主務官廳の許可を得る以前に於ては既に社團法人に付き述べたると同様設立者たる寄附行爲者に於て其設立行爲即ち寄附行爲を撤回し得ることを原則とす。唯議論の存するは寄附行爲者の相續人が寄附行爲を撤回し得るや否に在り。此の點に付ては學說岐れ、或は相續人と雖之を撤回し得るを原則とし唯遺言に因る寄附行爲の場合に於ては相續人は遺言を撤回し得ざるものなるを以て遺言に因る寄附行爲の撤回を爲すことを得ざるものと爲し(註一)、或は寄附行爲者が生前處分を以て寄附行爲を爲したる場合に於ても民法第四〇條の趣旨より推し其相續人は之が撤回を爲すことを得ざるものと爲すなり(註二)。後説に賛す(註三)(註四)。

(註一) 菅原氏民法論一卷二五一頁。

(註二) 鳩山氏總論一七〇頁。

(註三) 寄附行爲者數人ある場合に於て一人が撤回の意思表示を爲したるときは寄附行爲全部が其效力を失ふものなりや否

に付ては議論あり。或は此場合に於ては當然寄附行爲全部が無効と爲ると爲し(註a)、或は數人が共同を條件として寄附行爲を爲したるや否に因り全部が無効と爲るや否を決すべきものと爲す(註b)なり。後説を正當とす。

(註a) 中島氏釋義一卷二五八頁。

(註b) 菅原氏民法論一卷二五一頁、近藤氏總則一五八頁。

(註四) 主務官廳に對し既に許可の申請を爲したる後は寄附行爲の撤回は主務官廳に對する意思表示に依るべく、然らざる場合に於ては撤回は相手方なき不要式なる一方的意思表示に依りて之を爲すべきものと解すべし(同趣旨菅原氏民法論一卷二五二頁、近藤氏總則一五八頁)。

外國法人の成立

C 外國法人の成立

外國法人とは既に述べたる如く外國の法律に依りて成立せる法人を云ふなり。外國の法律に依りて成立せる所謂外國法人は如何なる範圍に於て我國にも其成立を認めらるるやの問題は民法第三六條第一項に依りて決定せらる。即ち民法は外國法人は國、國の行政區畫及商會社を除く外其成立を認許せざるを原則とし、唯法律又は條約に依り認許せられたるものは此限に非ずと爲し之を例外とせり。即ち(一)國、(二)國の行政區畫、(三)商會社、(四)法律又は條約に依り特に認許されたる法人のみが我國に於て法人たる效力を有することと爲る。故に外國の公益法人にして法律又は條約に依り特に認許せられざるものは我國に於ては其存在を認められざるなり(註)。

(註) 外國法人の認許 (Anerkennung) とは外國法人として我國に於て權利主體たること即ち權利能力者と認むることを云

ひ固より外國法人を内國法人として成立を認むるの謂ひに非ず。又外國法上權利能力者として成立せる外國法人を外國

法人として我國法上權利能力者として認むることを云ふものなるを以て、外國法上權利能力者に非ざるものを我國に於て權利能力者と認むるは外國法人の認許に非ず。

第二 權利能力の範圍

自然人の權利能力の範圍

一 自然人の權利能力の範圍

私法上一般的權利能力は總ての自然人之を享有するものにして内國人たると外國人たると男なると女なると僮侶なると否と刑罰に處せられたるものなると否と破産宣告を受けたると否とに依り又は宗教の差異に因り差等あることなし。然れども特定の權利能力に付ては男女の別、内外人の差及法律の規定に依りて差別を生ずることあり。即ち左の如し。

男女の區別に因る特定の權利能力に對する外國人の權利能力の範圍

- (一) 夫權の如きは男子に非ざれば享有することを得ず。
- (二) 外國人は法令又は條約に禁止ある場合には其禁止の限度に於て權利能力を有せず。
- (三) 外國人は日本國籍を有せざる所謂無籍國人に區別することを得べく何れも皆外國人なりとす。外國に國籍を有し同時に日本の國籍を有する者は固より日本人なり(國籍法七條、法例二七條參照)(註)。

(註) 古代に於ては外國人は之を敵視し賤蔑し一般的權利能力すら全然之を認めざりしと雖、社會の文化稍開發するに及び漸く私權の一部を附與するに至り、更に社會の文化益發達するに及びては排外思想漸く消失し參政の公權は之を附與することを得ざるも私法上の關係に於ては内國人と同様一般的權利能力を附與するを原則とし特別の場合に於て例外を設くるに至れり。而して現今外國人の權利能力に關する主義三あり。即ち一は外國が相互條約に依り内國人に與ふると

同一範圍の權利能力を外國人に與ふる主義にして、條約相互主義と稱すべく、二は外國が其國の法律に依り内國人に與ふると同一範圍の特定の權利能力を外國人に與ふる主義にして、法律相互主義と稱すべく、三は内外國人の間に差別を設けず同等の權利能力を認むる主義にして、平等主義と稱すべく、佛蘭西民法(一一條)は條約相互主義を採り、澳地利民法(三三條)は法律相互主義を採用し、和蘭民法(二條)を初とし、次で伊太利民法(三條)其他多數の國の民法は何れも此平等主義を採用せり。我民法も亦此主義を採り、第二條に「外國人ハ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私權ヲ享有ス」と規定し、内外國人間權利能力に差等なきを原則とし、唯法令又は條約に禁止ある場合を例外とせり。

法令に依り外國人の權利能力を制限せる主な場合

- (2) 法令に依り外國人の權利能力を制限せる主な場合左の如し。
- (イ) 日本の戸主家族と爲ることを得ず、從て又家督相續權を享有することを得ず(七三二條九六四條九九〇條、法例二五條參照)。
- (ロ) 日本船舶の所有權を有することを得ず(船舶法一條)。
- (ハ) 日本銀行、橫濱正金銀行、東洋拓殖株式會社、朝鮮銀行、朝鮮殖産銀行、農工銀行、日本無線電信株式會社の株主と爲ることを得ず(日本銀行條例五條、橫濱正金銀行條例五條、東洋拓殖株式會社法三條、朝鮮銀行法五條、朝鮮殖産銀行令四條、農工銀行法四條、日本無線電信株式會社法五條)。又中華民國人に非ざる外國人は南滿洲鐵道株式會社の株主と爲ることを得ず(明治三十九年勅令第一四二號二條)。
- (ニ) 鑛業權又は砂鑛權を有することを得ず(鑛業法五條、砂鑛法二三條)。
- (ホ) 取引所の會員又は仲買人たることを得ず(取引所法一一條)。
- (ヘ) 航海遠洋漁業の獎勵金を受くることを得ず(航海獎勵法一條、造船獎勵法一條、遠洋漁業獎勵法二條)。

外國人と土地所有權

國際條約に依る制限

國籍喪失の場合と外國人の享有し得ざる權利

敵國人の私權

法律の規定

(ト) 移民取扱人たることを得ず(移民保護法七條)。

(チ) 水先人と爲ることを得ず(水先法二條)。

(3) 土地の所有權質權抵當權に付ては從來外國人の權利能力を認めざりしが(明治六年布告一八號地所賃入書入規則、明治三四年法律三九號、勅令一七八號一七九號參照)、明治四三年法律第一號外國人の土地所有權に關する法律を以て此禁止を緩和し一定の條件の下に之を認むるに至りたるが、未だ其實施を見ざりし内更に大正一四年法律第四二號外國人土地法の制定を見、勅令を以て一定の條件の下に外國人の土地所有を禁止し得るものと爲したる外一般土地に關する權利の享有を許すに至れり。

(4) 國際條約に於て外國人の權利能力を制限したるものは現今に於ては存在せず。然れども若し將來の條約に於て之を制限したる場合ありとせば外國人は其制限せられたる範圍に於て權利能力を有せざることと爲るなり。

(5) 我國の國籍を喪失して外國人と爲りたる者は爾後前掲外國人の享有し得ざる權利を享有し得ざるに至るは勿論なりと雖、此等の權利を國籍喪失と同時に喪失せしむることは其者に採りて酷なるを以て、民法は第九〇條第二項に於て「國籍喪失者カ國籍ノ喪失ニ因リテ其所有スル權利ヲ享有スルコトヲ得サルニ至リタル場合ニ於テ一年内ニ之ヲ讓渡ササルトキハ其權利ハ家督相續人ニ歸屬スル」と爲せり。

(6) 敵國人の私權に付ては這回の世界戰爭中敵國人と其の取引を禁止するの主義採用せられ此の主義に基き其私權に制限を加ふる諸種の法令の發布を見たり。即ち大正六年勅令第四一號對敵取引禁止令、同年法律第二一號工業所有權戰時法、同八年勅令第三〇四號敵國財産管理令等是れなり。

(三) 法律の規定に依りて自然人の特定の權利能力に差別を生ずる場合は例へば未成年者、禁治産者、準禁治産者、

に依りて特定の權利能力を有する者、力に差別を有する者、生ずる場合の權利能力の範圍、法人の權利能力の範圍、國の權利能力の範圍

性質に依る制限

破産者等が後見人、後見監督人、保佐人、遺言執行者と爲るの權利なく(九〇八條九〇九條九一〇條九一一條)、又民法第九六九條に掲げたる者は家督相續權を有せざるが如きは是れなり。

二 法人の權利能力の範圍

1 法人の權利能力と其範圍の制限

法人は自然人と同じく權利能力(一般的權利能力)を有す。然れども法人の權利能力は法人の性質目的及法令の規定に依りて範圍に制限を受く。即ち或種の特定の權利能力の欠缺是れなり。

イ 性質に依る制限

法人は物理的存在を有することなく唯吾人の思考上に存在を有する無形のものなるを以て、自然人の如く物理的存在を條件として生ずる權利義務は法人に付ては生ずること能はざるは勿論にして、是れ即ち法人の性質より生ずる制限なりとす。例へば生命權、身體權の如き人格權(註一)、親權、夫權等の如き親族權及相續權の如きは是れなり。故に法人は主として財産上の權利義務を有し得るものにして、財産上の權利義務に非ずして法人の有し得るものは物理上の存在即ち身體を條件とせざるもの例へば名譽權、精神的活動の自由を内容とする自由權の如きは是れなり(註二)(註三)(註四)(註五)。

(註一) 人格權中自由權に付ては議論あり。自由權を以て身體的活動の自由を内容とする權利なりと爲す説に従ふときは法人に自由權なきは勿論なりと雖、自由權は身體的活動に限らず精神的活動の自由をも其内容とし汎く人が活動を爲すに付き不當なる拘束を受けざる權利なりと爲すべきを以て、法人も亦自由權を有するものと云はざるべからず(註二)。蓋し法人は其機關に依り社會的に活動を爲すの自由權を有すべければなり。従て法人の業務執行を妨害する者あ

らば是れ即ち法人の自由権の侵害なりとす。

(註a) 同趣旨菅原氏民法論一卷三〇七頁、鳩山氏總論一四一頁、石田氏總論一三〇頁。

(註二) 法人に名譽權ありや否は名譽の本質に對する見解の如何に依りて定まる。名譽は自己の價値に對する満足感なりと爲すときは(主觀說)法人に名譽權なきは明なりと雖、名譽は人が社會より受くる評價を云ふと爲すときは(客觀說)法人にも亦名譽權ありと云はざるべからず。客觀說を通過とす(鳩山氏各論八七八頁、同氏總論一四一頁、富井氏原論一卷二五〇頁、平沼氏總論三〇一頁、穂積氏總論二一四頁、中島氏釋義一卷二七〇頁)。

(註三) 後見人たるの資格は必ずしも身體の存在を要するものに非ざるを以て必ずしも自然人なることを必要とせず。法人と雖亦後見人としての權利義務の主體と爲り得るものと云はざるべからず。然れども現行法の解釋としては後見人は自然人に限るものと爲さざるべからず。遺産相續權は其性質上必ずしも法人の享有し得ざるものに非ずと雖、現行法は自然人を相續人と爲せるを以て法人には其權利なし。家督相續權は戸主權に關するものなるを以て其性質上法人の享有し得ざるものなること勿論なり(九九四條九六條一〇五九條參照)。然れども遺贈は法人と雖之を受くることを得、包括遺贈を受けたる場合に於ては法人は遺産相續人たると同一の權利義務を有するに至る(一〇九二條)同趣旨鳩山氏總論一四一頁、穂積氏總論二一五頁、遺産相續權及遺贈に付き同趣旨我妻氏總則二四九頁、石田氏總論一三一頁、小池氏總論一四九頁)。

岩田氏は遺産相續權に付ては同趣旨なれども後見人に付ては異說を唱へらる。即ち後見人又は親族會員は親族たる身分に附著する資格に非ず、且此等を法人に禁ずる主旨も民法の規定よりは表はれずと思ふと主張せらる(同氏總論一三四頁)。

長島氏は法人は其本來の性質上後見人たるに適せざるのみならず吾民法の主旨も亦後見人の指定選定を自然に限定す

るに在ること後見に關する規定を通過するに因り一目瞭然なりと主張せらる(同氏法人の後見能力新報二九卷三號九三頁以下)。

(註四) 法人は定款又は寄附行爲に因りて定まりたる目的の範圍に於て他の法人の社員と爲り得ることは通說として認めらるる所なるを以て、此場合に於て法人が社員權を享有することを得るは勿論なり。

(註五) 法人は他の法人の設立者又は社員と爲り清算人と爲ることを得べく相續財産管理人と爲り(信託業法五條一項五號)他人の代理人と爲り仲買人と爲り(取引所法施行規則八條)、鑑定人と爲ること(民事訴訟法三一〇條)を得べし。

目的に依る制限

目的に依る制限

民法は法人は定款又は寄附行爲に因りて定まりたる目的の範圍内に於て權利を有し義務を負ふ旨を規定せるを以て(四三條)、法人は唯其制限内に於て權利を有し義務を負ふものとす。從て法人の機關が定款又は寄附行爲に因りて定まりたる目的の範圍外に於て爲したる行爲に因りて權利を取得し又は義務を負擔することなきものとす(註)。

(註) 「目的ノ範圍内」なる意義に關しては學說岐れ、或は(一)目的を遂行するに必要な範圍内と解し、或は(二)目的を達するに相當なる範圍内と爲し、或は(三)目的遂行の爲に必要な場合のみに限らず目的遂行の爲に相當又は有益なる場合をも包含すと爲し、或は(四)目的遂行に缺くべからざるもののみならず之を促進する爲に有利なる場合を包含すと爲し、或は(五)目的に反せざる範圍内と解すべしと爲すなり(本書一卷八六頁參照)。蓋し法人が法律上權利能力者として認めらるる以上、其目的に反せざる範圍内に於ては其目的活動以外社會の構成分子としての活動をも爲し得るものと爲さざるべからず。此點より觀て最後の說を最も正當なりと信ず。故に例へば法人の目的に反せざる以上は其目的と關係なき或公共事業に寄附を爲すが如き行爲も亦有效なりと云はざるべからず。

法人の権利能力は法令即ち法律命令の規定に依りて制限せらるることあり。此場合に於ては法人は唯其制限内に於て権利を有し義務を負ふものとす(四三條)。然れども我現行法上一般的に法人の権利能力を制限したる法令の存在を見ざるを以て、現在に於ては法令の規定に依りて一般法人の権利能力の制限せられたる場合なく唯箇箇の制限を爲したる規定の存在を見るに過ぎず(註)。

(註) 社寺に付ては其財産の處分又は債務の負擔に付き制限を設けたる數箇の法令あり。即ち明治六年太政官布告第二四九號、同九年教部省達第三號は神社佛寺古來所傳の什器古文書等を處分するには所轄官廳たる教部省の許可を要するものと爲し、同一〇年太政官布告第四三號は神社並寺院に於て其社寺の爲め金穀を借入るとき若は金穀を借入る爲め社寺附地所(除稅地を除くの外)建物什器(寶物古文書類を除くの外)等を抵當と爲すときは必ず氏子檀家と協議し總代二名以上の連署を要すべし若し此連署なきときは總て該社寺神官僧侶の私債と看做し縱令右の抵當あるも其效なきものと爲し、同四一年法律第二三號は神社の財産として登録を受けたる不動産及寶物を處分し若は擔保に供し又は神社の爲め負債を爲すには地方長官の許可を要する旨を規定す。

會社に付ては商法は其第四四條ノ二に於て會社は他の會社の無限責任社員と爲ることを得ずと規定す。

外國法人の權利能力の範圍

2 外國法人の權利能力の範圍

民法第三六條第一項の規定に依りて認許せられたる外國法人の權利能力の範圍即ち特定の權利能力に付ては內國法人の權利能力の範圍とは必ずしも同一ならず。外國法人は外國人が享有することを得ざる權利及法律又は條約中に於て特に禁止したる權利は之を有することを得ざるも、其以外に於ては日本に成立する同種の法人と

同一の權利能力を有するものなり(註)。而して法律又は條約に依り外國法人の權利能力の範圍を擴張すること妨げざるを以て、此場合に於ては日本に於ける同種の法人の有する權利能力よりも廣き範圍の權利能力を有することと爲るなり。

(註) 日本に於て同種の法人なき場合に於ては之を如何に爲すべきや。其最も類似する日本の法人と同一の權利能力を有するものと解すべし(商法二五五條參照)(同題旨大谷氏總論九四頁、近藤氏總則一四六頁)。

但此點に付ては異説あり。即ち日本に於て成立せる同種の法人なき場合に於ては勿論民法第三六條第二項の適用を受けず、其本國法に於て有すると同一の能力を有す、蓋し同條第一項は外國法により成立せる法人を其儘認めたるものなれば特別の明文に依り其能力を變更するに非ざる限りは其本來の能力を維持すべければなりと爲すなり(中島氏釋義一卷二四六頁)。穂積氏も亦、同種類の内國法人なき外國法人の權利能力の範圍は本國法に依る外なしと主張せらる(同氏總論二二五頁)。

第三 權利能力の消滅

第一 自然人の權利能力の消滅

一 總説

人の出生に因りて始まりたる權利能力は之を喪ふの原因が發生するに至る迄は當然存続するものにして、其之を失ふの原因は人の終期即ち死亡の場合のみなりとす。死亡の時期は呼吸及心臟の鼓動が絶止したる時なり。權利能力は死亡に因りてのみ消滅するものなるを以て權利能力は之を拋棄することを得ず、又相続人は死者の權利能力を承継するものに非ず(註)。

(註) 刑法は死者の名譽を毀損する行爲を罰す(刑法二三〇條二項)。然れども刑法は死者の權利能力を認め死者を以て名譽

權の主體と爲したるものに非ず、刑法が死者の名譽を保護するは死者の靈を尊重する趣旨に出でたるに過ぎず(同趣旨
菅原氏民法論一巻一六三頁)。

二 失踪宣告と權利能力

失踪宣告と
權利能力
の
意義

1 失踪宣告の意義

失踪宣告とは一定の期間生死不明なる不在者を失踪者とし死亡したると同様の効果を生ぜしむる裁判所の宣告
を云ひ、其宣告を受けたる者を失踪者と云ふ(註一)(註二)(註三)。瑞西民法に於ては我民法と同じく失踪宣告
(Verschollenklärung)なる名稱を用ゆれども、獨逸民法は失踪宣告と云はずして死亡宣告(Todeserklärung)
と稱せり(註四)。

(註一) 失踪者(Der Verschollene)の意義に付ては兩説あり。一は生死不明なる不在者を指すものと爲し(菅原氏民法
論一巻一八三頁)、他は失踪の宣告を受けたる不在者を意味するものと爲す(川名氏總論七二頁、穂積氏總論一七七頁)
なり。

(註二) 或は從來の住所又は居所に在りながら其生死が不明と爲りたる者に付ても亦失踪宣告を爲すの必要あるを以て民
法の明文に拘らず失踪宣告の要件としては單に或人が生死不明なるの事實あるを以て足り其者が不在なることは
必要に非ずと爲す説あり(暁道氏要論一巻一五九頁)。

(註三) 不在者の生死が不明にして死亡の推測を爲さざるべからざる事情の存するに拘はらず尙生存せるものと爲すとき
は、不在者に關する身分上並に財産上の法律關係を常に不確定の状態に置くことと爲り、不在者の相続人配偶者其他の
利害關係人の利害に重大なる影響を及ぼすことと爲り、而も一方に於ては斯の如き不在者の死亡に付ての證明は不能

又は著しく困難なるを以て、斯の如き不在者に對しては利害關係人の便益の爲め其不在者を以て死亡したるものと看
做し死亡と同一の法律効果を生ぜしめ、利害關係人と不在者との間に存する法律關係を確定せしむる必要あり。是れ
民法が失踪宣告の制度を設けたる所以なり。

(註四) 羅馬法に於ては失踪宣告又は死亡宣告の制度を認めざりしと雖、近世諸國の法制に於ては孰れも此制度を認む。然
れども其主義に於ては異なる。概して之を二に區別することを得べし。一は佛蘭西法主義にして、不在者を死亡者と
爲さず不在の時期の長短に因り之を三期に分ち第一期に於ては不在者の生存を推定して其財産管理の處分を命じ第二
期に於ては不在の宣告(Declaration of absence)を爲し其相続人をして相続財産の假占有を爲さしめ更に第三期に於
ては其確定占有を爲さしむるも生死不明の不在者を死亡者と推定又は看做さざるもの是れなり(佛蘭西民法一一二條
參照)。而して他の一は獨逸法主義にして、不在者の財産管理を規定する外生死不明の不在者が一定の年齢に達する
か又は一定の期間生死不明の状態が繼續するときは死亡宣告若し失踪宣告を爲すもの是れなり。獨逸、瑞西、澳地
利の各民法は孰れも此主義に屬し、我民法又此主義を採用せり。

2 失踪宣告の要件

失踪宣告の
要件
不在者の生
死不明なる
こと

イ 不在者即ち從來の住所又は居所を去りたる者の生死が分明ならざること

茲に生死が分明ならずと云ふは生存をも死亡をも證明し得ざる状態を云ふ(註一)(註二)。必ずしも總ての人に生
死不明なることを要せず、訴訟の當事者及裁判所に不明なるを以て足る(註三)。

(註一) 同趣旨穂積氏總論一七八頁、我妻氏總則一五七頁、鳩山氏總論一二二頁、岩田氏總論一〇三頁、中島氏釋義一巻二
〇四頁、小池氏總論一四頁、齋藤氏總則七九頁。

(註二) 生死不明たるには或は消極的に不在者の生存を推測せしむべき事情の消滅するを以て足り積極的に其死亡を推測せしむる事情の成立することを要せずと爲し(菅原氏民法論一卷一八二頁)、或は死亡の推測を爲すべき事情の存することを意味すと爲す(川名氏總論七二頁)。

(註三) 同趣旨鳩山氏總論一二二頁、穂積氏總論一七九頁、平沼氏總論二四五頁、小池氏總論一一四頁、石田氏總論九九頁、山下氏總則一〇三頁。

口其生死不明の状態が法定期間繼續すること

生死不明の状態が繼續することを要する法定期間(失踪期間)は原則として七年なりと雖、戦地に臨みたる者沈没したる船舶中に在りたる者其他死亡の原因たるべき危難例へば洪水海嘯火災地震等に遭遇したる者に付ては夫夫戦争の止みたる後船舶の沈没したる後又は其他の危難の去りたる後三年なりとす(註一)。而して前者の期間の起算點は最後に不在者の生存せることを推測し得る事實のありたる時例へば最後の音信ありたる時の如きは是れなり(註二)。

(註一) 戦地とは戦鬪行爲の行はるる地域を意味し此地域に入りたる者を戦地に臨みたる者と云ふ。軍人軍屬人夫たる者新聞記者其他の觀戰員たるを問はず。又戦争の止みたるときは部分的に戦鬪行爲の止みたる時を云ふに非ずして、事實上全般的に戦鬪行爲の終止したる時を云ふなり。必ずしも平和條約の成立したることを必要とせず。又茲に所謂船舶に付ては或は商法第五三八條及船舶法第二〇條に定むる船舶と其範圍を同一に解する者あれども、然かく制限的に解することなく、右船舶は勿論端舟又は櫓船のみを以て運轉する舟其他一切の航行具を指すものと解するを正當とす。石田氏は飛行機飛行船も亦船舶に準じて取扱ふべきものとせらる(同氏總論一〇〇頁)。

利害關係人の請求あること

ハ利害關係人の請求あること

(註二) 同趣旨我妻氏總則一六一頁、穂積氏總論一七九頁、小池氏總論一一五頁、山下氏總則一〇三頁、平沼氏總論二四六頁、大谷氏總論七七頁、岩田氏總論一〇三頁、石田氏總論九九頁。之に反し川名氏は既に述べたる如く死亡の推測を爲すべき事實の生じたる時を以て起算點とせらる(同氏總論七三頁)。

利害關係人とは不在者に付き述べたると同じく不在者の相続人配偶者戸主債權者保證人等失踪宣告の請求を爲すに付き法律上正當の利益を有する者を云ふ(註一)(註二)。而して此失踪宣告の請求は不在者の住所地を管轄する區裁判所に書面又は口頭を以て之を爲すべきものとす。

(註一) 不在者の財産管理の場合と異なり失踪宣告の請求權者中に檢事を加へざりし理由如何。蓋し失踪宣告の場合に於ては此宣告を受くべき者は法律上死亡者と看做さるるものなるを以て其者の利益を顧る必要なく唯利害關係人の利益のみを顧るを以て足れりと爲すべきものなり。故に利害關係人が請求せざるに拘らず國家が進んで檢事をして之に干渉せしむるが如きは人情に反する結果を生ずるの虞あるものなればなり。之に反し不在者の財産管理に付ては獨り利害關係人の利益のみならず不在者本人の利益をも顧る必要あるを以て利害關係人の請求なきときと雖、檢事をして其請求を爲さしむる必要ありと爲したるなり。

(註二) 利害關係人中に國庫を包含するや否に付ては、或は檢事に失踪宣告を請求する權利を與へざる點より觀て之を消極に解する説あれども(松本氏註釋民法二六〇頁)、相続税に付き國庫も亦利害關係あるを以て之を積極に解するを正當とす(同趣旨穂積氏總論一八一頁、三浦氏總則一二〇頁、近藤氏總則一一八頁)。

失踪宣告の手續

3 失踪宣告の手續

第二編 第三章 權利及義務 第五款 權利の主體及客體(目的)

以上の要件具備するときは、裁判所は公示催告手續に依り不在者又は其生死を知れる者に對し一定の期間内に其生存の届出を爲すべき旨を催告し、其期間を過ぐるも生存の届出なきときは判決を以て失踪の宣告を爲すべきものとす(三〇條一項、人事訴訟手續法七〇條以下、民事訴訟法七六五條乃至七七五條)(註)。

(註) 民法第三〇條に「宣告ヲ爲スコトヲ得」と規定し恰も之を爲すと否とを裁判所の自由に委したる如き觀ありと雖、這是裁判所が職權に因りて宣告を爲すことを得ず必ず利害關係人の請求に因りてのみ宣告を爲し得る旨を言表はしたるものにして、裁判所は宣告を爲すと否との自由を有するの趣旨に非ずと解すべきものとす。

失踪宣告の效力

4 失踪宣告の效力

失踪宣告に因りて生ずる法律上の效力に付ては佛蘭西を除き多數の立法例は孰れも此宣告に因り法律上死亡の推定を生ずるものと爲せども、我民法は之に反し失踪の宣告を受けたる者は失踪期間満了の時に死亡したるものと看做せり(三一條)(註一)(註二)。即ち失踪宣告の效力は失踪者が死亡したると同一なる法律上の效力を生ぜしむるものなり。而して此效力を發生する時期は失踪期間満了の時なりとす。但此失踪宣告の效力を發生すべき時期に付ては種種の主義あり。或は(一)失踪宣告の時又は失踪宣告の裁判確定したる時に在りと爲し、或は(二)法定の期間満了の時に在りと爲し、或は(三)危難發生の時又は最後に音信ありたる時に在りと爲し、又或は(四)失踪宣告の裁判に於て定めたる時に在りと爲し、諸國の立法例又區區に涉れり(註三)(註四)。

我民法に於ては叙上の如く失踪宣告の效力は失踪期間満了の時に發生すれども、之が爲に失踪者が其權利能力を失ふものなりや否に付ては嘗て議論の存したる所なりしも(註五)、現今に於ては失踪宣告の爲に失踪者は其權利能力を失ふものに非ずと爲すを通説とす。従て失踪者が實際生存せる場合に於ては未だ失踪宣告の取消な

き間と雖、依然權利能力者にして有効に法律行為を爲すことを得べく、此宣告は失踪者を一切の法律關係に付き死亡者と看做すものに非ず、唯失踪期間満了の時に於ける從來の住所又は居所を中心とする法律關係に付き死亡者と同一視するに過ぎず(註六)(註七)。刑法其他公法關係には影響なし。故に失踪者が從來の住所又は居所以外の地に於て實際活動し居る場合には失踪宣告の效力は之に及ばざるは勿論、失踪宣告後從來の住所又は居所に歸來したる場合に於ても其者は依然權利能力者にして假令宣告の取消なしと雖、其歸來後從來の住所又は居所に於て爲したる法律行為に付き失踪宣告の效力は及ばざるものとす。右の結果例へば戸主が失踪の宣告を受くるときは家督相續が開始し、家族が失踪宣告を受くるときは遺産相續が開始し、夫婦の一方が失踪宣告を受くるときは夫婦なる身分上の關係は失踪期間満了の時に解消すべく、又生命保險契約上の請求權は被保險者が失踪宣告を受くることに因りて其效力を生じ、又失踪者の一身に專屬する權利は消滅するものとす(註八)。

(註一) 民法施行前既に民法第三〇條の期間を經過したる者に對し失踪の宣告ありたるときは民法施行と同時に明治三一年七月一六日に死亡したるものと看做さる(民法施行法一八條)。

(註二) 「看做ス」の意義に付ては本書一卷二九頁擬制法規の項參照。但失踪宣告に因る死亡の擬制は確定不動のものに非ずして失踪宣告の取消に因りて其效力を失ふものとす(三二條參照)。

(註三) 墾地民法の舊規定(二七八條)は(一)の主義、瑞西民法(三八條二項)は(三)の主義、獨逸民法(一八條)及墾地民法の新規定(一八八三年修正)は(二)及(四)の兩主義を各採用せり。

(註四) 失踪宣告の效力は失踪者が失踪期間満了の時に死亡したると同一なる法律上の效力を生ぜしむるに止まり失踪期間満了の時まで生存したるものと看做し其時まで生存に因る法律効果を發生せしむるものには非ず(同趣旨鳩山氏總論

一二六頁。

(註五) 石坂氏は失踪宣告は權利能力喪失の原因なりと爲し、是れ第三一條に於て「死亡シタルモノト看做ス」と規定するに依り明なり、唯同條の規定は之を制限し失踪宣告に依り失踪者は失踪期間満了の時に於ける法律關係に付てのみ死亡したるものと看做さるるものと解することを要するが故に或は失踪宣告は單に法律關係消滅の原因たるに非ざるかの疑を生ずべし、然れども法律關係が消滅するは失踪宣告の直接の結果に非ず、失踪宣告に依り失踪者が死亡したるものと看做さるる結果なり、故に失踪宣告其ものが法律關係消滅の原因に非ず、是れ特に相續の開始保險金請求權の發生が死亡を以て其原因とし法律關係の消滅を以て原因とせざるを見れば明なりと説かる(同氏失踪宣告は權利能力喪失の原因なりや志林一五卷二號六七頁)。

(註六) 同趣旨我妻氏總論一六八頁、小池氏總論一一八頁、山下氏總則一〇六頁、鳩山氏總論一二五頁。

(註七) 失踪宣告の効果を制限するに付き或は(一)失踪期間満了の時に於ける法律關係を標準とし、或は(二)從來の住所又は居所を中心とする法律關係を標準とする説あるも、本文の如く此兩者を併せ標準とするを正確なりとす。

(一)の説富井氏原論一卷二二頁、平沼氏總論二五六頁、嘉山氏總論一〇三頁、松本氏註釋民法二七五頁。

(二)の説穂積氏總論一八二頁、岩田氏總論一〇四頁、齋藤氏總則八一頁。

(註八) 失踪宣告の効力は認定的(Deklaratorisch)なりや創設的(Konstitutiv)なりやに付ては議論の存する所なるも該宣告の効力は認定的即ち失踪者の死亡せる事實を認定するものに非ずして失踪者が死亡したると同一なる法律上の効力を創設するものと解するを正當とす(同趣旨穂積氏總論一八二頁一八四頁、遊佐氏概論總則九三頁、石田氏總論一〇二頁、松本氏註釋民法二七三頁、嘉山氏總論一〇三頁、三浦氏總則一二三頁、平沼氏總論二五二頁、松岡氏總則二四七頁)、川名氏は認定的効力説を採らる(同氏總論七五頁)。尙失踪宣告の効力は絕對的にして此宣告を請求したる當事者

間に生ずるのみならず一般の人に對しても生ずるものとす。

失踪宣告の取消

5 失踪宣告の取消

失踪宣告は失踪者の生存すること又は民法第三〇條に規定せる期間満了の時と異なりたる時に死亡したることの證明あるときは、裁判所は本人又は利害關係人の請求に因り之を取消することを要す(三二條一項本文)(註一)。

失踪宣告を請求したる者と其宣告の取消を請求する者は同一人なることを必要とせず。尙此請求は失踪宣告請求の場合と同じく不在者の住所地を管轄する區裁判所に之を爲すべきものとす(人事訴訟手續法七一條)。

失踪宣告取消の裁判ありたるときは其取消の効力は既往に遡り、失踪の宣告が初より全く之れなかりしと同一の結果を生ずるものとす。即ち其效果として死亡と同一なる効力が生ぜざりしか又は失踪期間満了の時と異なる時期に於て死亡したると同一なる法律上の効力が生ずるものなり。而して此効力は此取消を請求したる當事者間に生ずるのみならず、一般の人に對しても生ずること失踪宣告の場合と同一なりとす。

失踪宣告取消の効力として失踪の宣告が初より全く之れなかりしと同一の結果を生ずるものなるを以て、失踪宣告の取消に因り失踪宣告に因りて生じたる總ての法律關係は消滅すべく、戸主權又は相續財産は前主に復歸し遺言は初より其効力なかりしものと爲り一旦解消したる婚姻も復活さるる結果と爲る。然れども民法は特に次の除外例を定め實際上の不便を避けんことを努めたり。即ち

(一)失踪宣告の取消あるも失踪宣告後其取消前に善意を以て爲したる行爲は其効力を變ぜず(三二條一項但書)、善意を以て爲したる行爲とは失踪者が事實に於て生存し又は法定の時期と異なる時に死亡したることを知らずして爲したる行爲を云ふ。但行爲の當事者が一人なる場合即ち單獨行爲の場合に於ては假令相手方ある場合と

雖其行為者一人の善意なるを以て足るも、契約の如く當事者が二人以上なるときは其當事者が悉く善意なることを要するなり(註二)(註三)(註四)。而して此例外の適用あるには失踪宣告後其取消前に爲されたる行為なることを要し、其宣告前に爲されたる行為は假令死亡したるものと看做されたる時期以後に爲されたる場合と雖此例外の適用なし(註五)。

(二)失踪宣告に因りて財産を得たる者は其取消に因りて権利を失ふも、現に利益を受くる限度に於てのみ其財産を返還する義務を負ふ(三二條二項)(註六)。

(註一) 失踪宣告を受けたる者が失踪期間満了の時と異なりたる時に死亡したることの證明は之を爲し得ざるも右期間満了の時又は其後に於て生存し居りたる事實を證明し得たる場合に於ても尙其失踪宣告の取消を爲すべきものと解すべし

(同趣旨菅原氏民法論一九〇頁、松本氏註釋民法二七七頁、吉田氏總論九八頁、長島氏總論一一七頁、中島氏釋義一卷二二三頁、我妻氏總論一六九頁)。而して此場合に於ても其證明せられたる生存の時期以後失踪者の生死不分明が法定の期間繼續する場合に於ては更に利害關係人より失踪宣告の請求を爲し得べきは勿論なりとす(同趣旨菅原氏民法論一卷一九〇頁、松本氏註釋民法二七八頁、長島氏總論一一七頁、中島氏釋義一卷二一四頁、我妻氏總論一六九頁)。

(註二) 同趣旨富井氏原論一卷二一四頁、長島氏總論一一二頁、中島氏釋義一卷二一六頁、曠道氏要論一卷一六五頁、松本氏失踪宣告の取消新報二二卷五號二五頁、同氏註釋民法二八〇頁、三瀨氏總論一二八頁、穂積氏總論一八五頁、菅原氏民法論一卷一九二頁、嘉山氏總論一〇五頁、吉田氏總論九八頁、石田氏總論一〇五頁、小池氏總論一二二頁、我妻氏總論一七一頁、山下氏總論一〇九頁、岩田氏總論一〇七頁、鳩山氏總論一二八頁。
反對二上氏失踪宣告取消後に於ける失踪宣告前の行為の效力新報一五卷一三號七〇頁、遊佐氏概論總則九四頁。

二上氏の主張は民法が失踪宣告の取消の効力が善意行為に及ばずと爲すの理由は善意者をして其權利關係に意外の變更を受けしめず由りて取引の安全を保證するに在るが故に婚姻其他雙方行為の場合には一般に當事者の何れか一方が善意なるときは其行為は即ち善意行為なりと云ふに在り。又遊佐氏の主張は契約の場合には一方の當事者が善意にして相手方が悪意なる場合には其契約は善意者の爲には有效なるも悪意者に對しては無効と看做さざる可からず、然れども身分上の契約の如きは其效力を斯くの如く分離的に定むること能はざるが故に絶對的に其效力を決定し當事者の一方が善意なる以上は善意の行為と見るべしと云ふに在り。

(註三) 失踪宣告の取消あるも效力を變ぜざるは善意を以て爲したる行為に限るを以て假令失踪宣告に因り善意にて失踪者の相續を爲したる者を更に善意にて相續したる者と雖相續其ものは行為に非ざるを以て失踪宣告取消の場合には總ての相續は其效力を失ひ孰れの相續も之れなかりし状態に回復し失踪者は失踪宣告前に於ける法律上の地位を回復する結果と爲るも財産に付ては第三二條第二項に規定せる範圍に於てのみ其返還を受け得るに止まることと爲るなり(同趣旨三瀨氏總則一二八頁)。

(註四) 失踪宣告の取消が失踪宣告後其取消前に爲したる婚姻に及ばず效果に付ては、獨逸民法(一三四八條一三五〇條)は死亡宣告の取消に因り後の婚姻を無効と爲すことなく唯當事者雙方が悪意なりし場合に於てのみ之を無効とし若し當事者の一方が善意なりし場合に於ては其者に於て失踪者の生存を知りたる時より六个月内に後の婚姻を取消すことを得るものと爲し、佛蘭西民法(一三九條)は失踪者より再婚の取消を訴求することを爲し、普漏西普通法(第二部第一章六六條)は後の婚姻は當事者が悪意なりし場合に於ても之を有效とせり。我民法に於ては善意を以て爲したる行為は其效力を變ぜざるものと爲せるを以て失踪宣告を受けたる者の配偶者が善意にて他の善意者と婚姻したるときは後日失踪宣告の取消あるも該婚姻は依然として其效力を持続し舊婚姻關係は復活せざることと爲るなり(註

a)。然れども後の婚姻の當事者雙方又は其一方が悪意なるときは舊婚姻が復活する結果後の婚姻は重婚と爲り失踪者其戸主若は親族又は檢事は其取消を裁判所に請求することを得るに至り(七六六條七八〇條)(註b)、又舊婚姻に付ては離婚問題を生ず(八一三條)(註c)。但此點に付ては後の婚姻を全然無効と爲す説あり(註d)。

(註a) 同趣旨穂積氏總論一八六頁、三浦氏總則一二九頁、我妻氏總則一七一頁、岡松氏妻が失踪宣告を受けたる後夫甲が善意にて乙と婚姻を爲したるに其後に至り失踪宣告を受けたる妻生存せることを發見したり此場合に於て甲乙間の婚姻は有效なるや無効なりや若し有效なりとせば甲の先妻は夫の家に居るべきか又は一家を創立すべきか又は實家に入るべきか(質疑)内外四卷一〇九五頁(同氏は尙右質疑後段に付き舊婚姻は回復せざるも戸籍は尙舊の如く先妻は夫の家に居るものと爲さざるべからずと説かる)、近藤氏總則一二六頁、野上氏親族一三九頁。

異説大谷氏總論八一頁(同氏は宣告の取消に因り婚姻は解消せざりしこととなる結果夫婦關係は初めより存在したりしこととなる、然れども宣告後殘されたる配偶者が再婚したる場合に於ては宣告の取消に因り重婚の状態を生ずるに至るものなり、然れども重婚は吾民法の認めざる所なるを以て其何れか一方を取消さざるべからず、其何れを取消すべきは新婚が善意を以て爲されたりや否によりて定まるものなりと爲し、新婚が當事者雙方の善意を以て爲されるときは其效力に變更を生ぜざる結果舊婚を取消すの外なきものと主張せらる)、遊佐氏概論總則九五頁(同氏は苟くも當事者の一方が善意なる以上は斯かる行爲は善意の行爲と見從て新婚の效力は失踪宣告の取消に因りて影響を受けざるものと主張せらる)。

(註b) 同趣旨曄道氏要論一卷一六四頁、吉田氏總則九九頁、中島氏釋義一卷二一五頁、大谷氏總論八一頁、野上氏親族一三九頁。

(註c) 同趣旨吉田氏總則九九頁。

(註d) 岡松氏失踪の宣告ありたる後妻は夫の未だ生存せることを知れり然るに甲(善意)と入夫婚姻を爲し甲は失踪者の財産を相續したり此場合に於ける失踪宣告の取消の效力如何内外二卷一五三頁、同氏民法第三二條第一項但書の意義如何内外一巻四四七頁。

(註五) 同趣旨鳩山氏總論一二八頁、曄道氏要論一卷一六五頁、小池氏總論一二二頁、山下氏總則一〇七頁、吉田氏總則一〇〇頁、富井氏原論一卷二一四頁。

(註六) 此點に關する詳細の説明に付ては本書一巻五〇四頁以下参照。

認定死亡

三認定死亡

戸籍法第一一九條には「水難火災其他ノ事變ニ因リ死亡シタル者アル場合ニ於テハ其取調ヲ爲シタル官廳又ハ公署ハ死亡者ノ本籍地ノ市町村長ニ死亡ノ報告ヲ爲スコトヲ要ス」と規定し、同第二〇條には「戸籍ノ記載ハ届出報告申請若クハ請求證書若クハ航海日誌ノ謄本又ハ裁判ニ依リ之ヲ爲ス」と規定し、官廳又は公署の報告に依りて戸籍簿に死亡の記載を爲し得ることを認む。蓋し死亡の届出は届出義務者が死亡の事實を知りたる日より七日内に診斷書若は檢案書又は檢視調書の謄本を添附して之を爲すことを要するものなるを以て(戸籍法一一六條一項)、水難火災其他の事變に因り死亡したる者ある場合に於て死亡せることは確實なるに拘らず其屍體の發見せられざる爲め死亡届を爲すことを得ず、民法の規定に従ひ失踪宣告を俟て初めて死亡の届出を爲す外途なきものと爲すは實際に適せず極めて不都合なるを以て、此不都合を避け實際の便宜に適せしめんが爲め叙上の如き簡易の手續を認めたるものなり。

第二法人の權利能力の消滅

法人の權利能力の消滅

一總説

自然人の権利能力が其死亡に因りて消滅すると同じく法人の権利能力は法人の消滅に因りて消滅すべきは勿論なりとす。然れども我民法上法人が消滅して其権利能力を失ふ時期に付ては學說岐れ、或は法人は解散に因り消滅し其権利能力を失ふものなりと爲し、或は法人は解散に因り権利能力を失ふものに非ず、法人は清算の終了に至るまで依然権利能力者として存立し清算の終了したる時に至り始めて消滅するものと爲すなり。後説を通説とす。尤も法人が解散したる場合に於て結了すべき残務なく又決算すべき債權債務等財産關係なきときは清算手續を爲すの要なきを以て斯の如き場合に於ては法人の権利能力は解散と同時に消滅すべし。然れども斯の如き場合は殆ど稀なる例外に過ぎず。

我民法は第七三條に於て「解散シタル法人ハ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ其清算ノ結了ニ至ルマテ尙ホ存続スルモノト看做ス」と規定せり。是れ即ち法人は理論上其解散に因り直に消滅し其権利能力を失ふものなれども、民法は實際の便宜上特に其存続を擬制し、清算の結了に因り茲に始めて其権利能力を喪ひ消滅するに至るものと爲したるものなり(註一)。故に法人は解散後と雖擬制に因り清算の結了するに至る迄は依然として其從來の權利義務を有し解散後に於ては新に其本來の目的事業を爲すことを得ざるも其事業を營むが爲に既に爲したる法律行為より生ずる法律上の關係を結了することは固より之を妨げざるものとす。従て我民法上法人の解散は直に法人格を消滅せしむる原因に非ずして法人格が將來消滅するに至ることを確定せしむる原因なりと云ふことを得べし(註二)。反對説中には法人の解散は自然人の死亡と同一にして此解散に因り法人は其権利能力を失ふものなり、清算の爲に存する法人は別箇の法人なり、或事業を爲すことを目的とし其目的の範圍内に於て存在せし法人は解散に因り消滅し、清算を爲すことを目的とする所謂清算法人が新に發生するものなりと主張す

る説あれども(註三)、非なり。解散前の法人も解散後の法人も同一法人にして解散後と雖其清算の結了するに至る迄は法人は其権利能力を失ふものに非ず。

(註一) 同趣旨小池氏總論一八三頁、山下氏總則一六八頁、菅原氏民法論一卷三二八頁。

(註二) 同趣旨鳩山氏總論二二頁。

或は民法第七三條の「看做ス」なる語を解し法人が解散に因り本來權利能力なきに至るものなるも法律の擬制に依り尙權利能力あると同等に取扱ふの意に非ず、唯從來目的とせし事業を繼續すると同等に取扱はるることを意味す、従て法人の從來の目的たる事業の爲に存せし法人の組織等は特別の定なき場合に於ては依然として何等の變更を受くることなく存続するものと爲ることを意味するものと爲し、法人は解散後と雖清算の目的の範圍内に於ては其清算の結了に至る迄は實質上依然として其從來の權利義務を有するものと爲し(註a)、或は民法の看做すなる文字に拘泥するの要なしと爲し、解散は法人の権利能力を直に全然消滅せしむるものに非ず、唯其範圍を制限するものなり、此權利能力を制限せられたる法人は本來の法人と別個の人格者に非ず其同一性の存続するものと見るべきものと爲す説あれども(註b)、社員の缺亡に因る社團法人の解散の場合に於ては實質上法人の存続を認め難く、此場合に於て尙法人の存続を認めんとせば法律の擬制に依るの外なきを以て右の説は採用し難し。

(註a) 川名氏明治四一年度東京帝國大學法科大學講義。

(註b) 我妻氏總則二九三頁、同趣旨川名氏總論一九頁、穂積氏も大體に於て此説に賛成せらるるも、唯社員の缺亡による解散の場合に於て法人が解散後尙存続することは法律の擬制と説明する外なし、即ち法人格の實質上の消滅時期が解散事由に應じて必しも一律にあらざるを以て第七三條の規定は法律上特に法人の解散後の存続及其時期並其場合の權利能力の範圍を確定せる有意の規定なりとせらる(同氏總論二二九頁)。

(註三) 中島氏釋義一卷三七頁、Crome, System I 153.

法人の解散 二法人の解散 (Auflösung)

解散の性質 1 法人解散の性質に付ては既に述べたり。即ち法人の解散は其目的たる事業を繼續することを止め清算を爲すの目的に於てのみ存續するに至ることを云ふなり。

解散事由 2 法人の解散事由

法人の解散事由には社團法人と財團法人に共通なるものと社團法人に特別なるものとあり(六八條)。

a 社團法人及財團法人に共通なる解散事由左の如し。

(イ) 定款又は寄附行為を以て定めたる解散事由の發生

例へば定款又は寄附行為を以て法人の存立時期を定めたる場合に於て其時期の到來に因り解散するが如き是れなり。

(ロ) 法人の目的たる事業の成功又は其成功の不能

例へば飛行機の發明を目的としたる法人が其發明の完成に因り解散し又或宗教の傳播を目的としたる法人が法律に依り其宗教の禁止せられたることに因り解散するが如き是れなり。茲に所謂不能は事實上の不能ならず法律上の不能なるを問はず又物理的に絶對不能なる場合のみに限らず一般取引觀念上不能と認め得べき場合をも包含するものとす(註)。

(註) 同趣旨鳩山氏總論二一四頁、反對中島氏釋義一卷三二四頁。

(ハ) 破産

社團法人及財團法人に共通なる解散事由に定附たる爲に定めたる解散事由の發生目的たる事業の成功の不能

破産

法人の破産に付ては民法第七〇條に特別の規定あり。即ち法人が其債務を完済すること能はざるに至りたるときは裁判所は理事若は債権者の請求に因り又は職權を以て破産の宣告を爲すべきものにして、法人は此破産の宣告を受くるに因りて解散するものとす。

法人が其負擔せる總債務を完全に辨済すること能はざる財産上の状態に立至りたるときは理事は直に破産宣告の請求を爲すことを要し若し之が請求を爲すときは五圓以上二百圓以下の過料に處せらる(七〇條八四條五號)。

(ニ) 設立許可の取消又は解散の命令

主務官廳が法人の設立許可を取消し又は其解散を命ずる場合に付ては民法第七一條及民法施行法第二三條に夫之を規定せり。即ち主務官廳は法人が其目的以外の事業を爲し又は設立の許可を得たる條件に違反し其他公益を害すべき行為を爲したるときは其許可を取消し又民法施行法第一九條第一項の法人に付ては其解散を命ずることを得るなり(註)。而して此許可の取消は將來に向て其效力を有するものとす。

(註) 法人が設立の許可を得たる條件に違反しとは例へば一定の設備を爲すことを條件として其設立の許可を得たる法人が其設備を爲さざる如きを云ひ、公益を害すべき行為を爲したるときとは例へば移民を目的とする法人が醜業婦の密航を爲さしめ、結婚の媒介を爲す法人が妾の周旋を爲すが如きを云ふなり。

b 社團法人に特別なる解散事由左の如し。

(イ) 總會の決議

總會が解散の決議を爲すには定款變更の場合と同様總社員の四分の三以上の承諾を要す、但其數は定款に依り

設立許可の取消又は解散の命令

社團法人に特別なる解散事由の決議

て之を増減することを得れども(六九條)定款を以て總會の此決議権を奪ふことを得ざるものとす。尙定款に存続期間の定ある場合と雖總會に於て解散の決議を爲すことを得べく、此場合に於ては法人は此決議に因りて解散するものと解すべし(註)。

(註) 同題旨菅原氏民法論一卷三三三頁。

社員の死亡

(ロ)社員の死亡

社員の死亡とは死亡又は退社等に因り社員の全員が消滅したることを云ふ。従て假令一人たりとも社員が残存するときは法人は解散することなし(註)。但此點に付ては我民法の採りたる見解と異なる主義立法例あり。即ち或は社員其人に重きを置き一人の死亡又は退社に因りて解散すと爲し(佛蘭西民法一八六五條三號五號、舊民法財産取得編一四四條五號)、或は社員が一定の數に減少するときは法人は解散すべきものと爲し(商法二二一條三號、獨逸民法七三條參照)、或は社團法人の基礎は二人以上の社員に在り従て社員が一人と爲るときは法人は解散すと爲し(商法七四條五號)、或は法人は社員の死亡に因り必しも解散するものに非ずと爲すなり(瑞西民法七六條乃至七八條參照)。

(註) 従て二人以上の設立者(社員)あることは法人成立の要件なれども、二人以上の社員の存在は法人存続の要件に非ず、商會社に付ては商法は合名會社及合資會社に付き社員が一人と爲りたることを以て會社解散の原因と爲し(商法七四條五號一〇五條)、又株式會社に付き其設立には七人以上の發起人あることを必要とすると同時に株主が七人未滿に減じたることを以て其解散の原因と爲せるを以て(商法一九條二二一條三號)、合名會社及合資會社に付ては二人以上株式會社に付ては七人以上の社員の存在は其成立の要件たると同時に存続要件なりとす。

成立要件と存続要件とは一致することあり或は一致せざることあり。今其一二を例示すれば左の如し。

(一)動産質に付ては質物の占有移轉は質權の成立要件なれども占有の繼續は存続の要件に非ず(三四四條三五二條參照)。

(二)社團法人の定款なる書面の存在は法人成立の要件なれども法人が一旦成立したる以上該書面が例へば燒失したりとするも法人の存続に影響なし。

(三)財産は財團法人の成立要件なれども存続の要件に非ず(本書二卷四七四頁參照)。

(四)占有は留置權の成立並に存続の要件なり(二九五條三〇二條參照)。

(五)占有權を取得するには占有即ち自己の爲にする意思を以て物の所持を取得することを要す(一八〇條)。然れども占有權は占有者が睡眠し其意思能力を失ひ或は占有物の存在を忘却したる如き少くとも自己の爲にする意思を有せざること明なる場合と雖占有者が占有の意思を拋棄したるに非ざる以上占有權の消滅を生ずることなきを以て(二〇三條本文前段)占有意思の存在は占有權取得の要件なれども占有意思の存続は占有權存続の要件に非ざること明なり。但反對説あり。

(六)指圖債權無記名債權は證書債權にして債權證書の成立するに非ざれば債權其ものも亦成立せず。債權證書の存在するに非ざれば債權其ものも亦存在せざるものなり。即ち證券の成立存在は債權の成立存続の要件なり。

3 解散後の手續

法人が解散するときは解散の登記を爲し又之を主務官廳に届出づることを要す(註)。登記を申請し又主務官廳に届出づべき者は清算人なりとす。

(註) 公益法人の設立には主務官廳の許可を要すれども其解散には届出を要するのみにて許可を必要とせず。

解散後の手續

法人の清算

清算の意義

三 法人の清算 (Liquidation)

1 清算の意義

法人の清算とは法人の解散の結果として法人の現務を結了し債権を取立て債務を辨済し残餘財産あるときは之を歸屬権利者に引渡す手續を云ふ。法人が解散するときは破産の場合を除くの外此手續を爲さざるべからず。清算に關する民法の規定は強行法規なるを以て、商法に於けるが如く法人の財産が合併に因り他の法人に包括的に移轉するが如き或は又清算手續に依らずして法人の財産を處分し又は定款寄附行爲若は總會の決議を以て任意の清算手續を定むることを得ず(商法八五條八六條一〇五條參照)。

清算人

2 清算人

清算の手續は清算人之を爲すものとす。清算人 (Liquidator) は清算事務に付て法人を代表し其事務を執行する機關なり。即ち清算人は清算の目的の範圍内に於ては理事と同一の法律上の地位を有す。從て又理事に關する規定を類推適用すべきも、何人が清算人と爲るかは民法第七四條に依りて定まる。即ち法人が解散したるときは破産の場合を除く外理事其清算人と爲るを原則とし、定款若は寄附行爲に別段の定めるとき又は總會に於て他人を選任したるときは理事以外の者が清算人と爲るものとす。然れども此方法に因りて清算人たる者なきとき又は清算人の缺けたる爲め損害を生ずる處あるときは利害關係人又は檢事の請求に因り又は職權を以て裁判所が清算人を選任することを爲るものとす(七五條、民法施行法二七條、非訟事件手續法三七條一三六條乃至一三八條參照)。

清算人の職務

3 清算人の職務

清算前の職務

イ 清算前の職務

清算人は破産の場合を除く外解散後一週間に其氏名、住所及解散の原因、年月日の登記を爲し(註一)、又孰れの場合に於ても之を主務官廳に届出でざるべからず(註二)(七七條一項、非訟事件手續法一二二條參照)。又清算中に就職したる清算人は就職後一週間に其氏名住所の登記を爲し且之を主務官廳に届出でざるべからず(七七條二項)。

(註一) 此解散登記を爲さざる間は解散を以て善意の第三者に對抗することを得ざるや否に付ては學說岐れ、或は對抗し得ずと爲し(睡道氏要論一卷二四七頁)、或は右の如く解するときは清算の目的上著しく有害なる結果を生ずることあるを以て民法は此場合には登記を對抗要件とせざる趣旨にて殊更に其規定を設けざりしものと解すべしと爲す(穂積氏總論二四二頁)なり。

(註二) 破産の場合に於ては清算人なきを以て破産管財人に於て此義務を負ふものと爲すべきか前任の理事をして登記を爲さしむべきかに付き疑あり。或は破産管財人に於て此義務を負ふものと解し(穂積氏總論二四二頁、菅原氏民法論一卷三四八頁)、或は解散の登記も亦法人の事務の一部なるを以て別段の規定なきときは前任の理事をして登記せしむるを可なりと爲す(中島氏釋義一卷三四三頁)なり。但破産法第一二五條第一項は法人に對して破産の宣告を爲したる場合に於て其法人の設立又は目的たる事業に付き官廳の許可ありたるものなるときは裁判所は破産の宣告ありたる旨を主務官廳に通知することを要する旨規定せり。

清算中の職務

ロ 清算中の職務(七八條)

現務の結了

a 清算人は法人の現務を結了せざるべからず。

現務の結了とは法人の解散前既に著手したるも未だ結了するに至らざりし一切の行爲を終了することを云ふなり。清算人は其現務結了の爲め必要なる總ての行爲を爲すことを得べく、之が爲には又新なる行爲をも爲すことを得べし。

債権の取立

b 清算人は法人の債権の取立を爲さざるべからず。

茲に債権の取立と云ふは第三者に對して辨済期に在る債権に付き辨済を求め或は社員に對して其出資義務の履行を求むる外、期限附又は條件附債権を換價することを包含するものと解すべし(註)。

(註) 同趣旨山下氏總論一七六頁、近藤氏總論二五〇頁。

債務の辨済

c 清算人は法人の債務の辨済を爲さざるべからず。

辨済の方法に付ては民法に特別の規定あり。第七九條是れなり。蓋し之に依り清算人は法人の負擔せる債務の額を知り法人の各債権者に對し公平に且迅速に辨済を爲すの必要あるを以てなり。即ち清算人は其就職の日より二个月内に少くとも三回の公告を以て債権者に對し二个月を下らざる債権届出の期間を定め其期間内に其債権の申出を爲すべき旨を催告せざるべからず。而して尙其公告中には債権者が期間内に申出を爲さざるときは其債権は清算より除外せらるべき旨を附記することを要し、又清算人は知れたる債権者に對しては各別に其申出を催告することを要す。而して右の方法に因り債権者より其債権の申出ありたるときは清算人は其申出でたる債権者に對し辨済を拒むことを得ず(註一)。蓋し民法には商法に於けるが如く右期間内の辨済を禁止する規定なきのみならず、清算は法人の財産を以て其債務を完済し得ることを前提とするものにして、若し清算中に法人の財産が其債務を完済するに不足なること分明なるに至り破産宣告を受くるに至るときは、破産管財人に

於て既に債権者に支拂ひたるものを取戻すことを得るを以てなり(商法二六二條一二號、民法八一條三項參照)。尙假令右期間内に債権の申出を爲さざりし債権者と雖知れたる債権者は清算より除外されることなく、又知れざる債権者と雖法人の債務完済の後未だ歸屬權利者に引渡されざる殘餘財産あるときは此中より其辨済を請求することを得るものとす(八〇條)(註二)。而して殘餘財産が既に歸屬權利者に引渡されるときは法人に對して存せし債権は茲に消滅するに至るものとす。

清算中に法人の財産が其債務を完済するに不足なること分明なるに至りたるときは清算人は直に破産宣告の請求を爲し其旨を公告せざるべからず(八一條一項)。此場合に於ては清算人は破産の宣告に因り直に其職を失ふものに非ずして破産宣告ありたるときは破産管財人を生ずるを以て此破産管財人に其事務を引渡したるときに其任務を終了するなり(八一條二項)(註三)。尙此場合に於て破産管財人は清算人が既に債権者に支拂ひ又は歸屬權利者に引渡したるものも取戻すことを得るなり(八一條三項)。是れ蓋し破産手續は總ての債権者をして各自の債権額に應じたる辨済を受けしむる爲めの手續なるを以て清算人が既に債権者又は歸屬權利者に支拂ひ又は引渡したるものを取戻し更に各債権者に公平に之を分配せんが爲めなりとす。

(註一) 通説なり。尙條件附又は期限附債務の辨済方法に付ては民法には相續の限定承認の場合に於ける第一〇三二條、財産分離の場合に於ける第一〇四七條第三項の如き、又商法會社に於ける第九一條ノ二の如き規定なきを以て疑問を生ずと雖、此場合に於ても亦右諸規定を類推適用し裁判所に於て選任したる鑑定人の評價に従ひて之を辨済すべきものと解すべし(同趣旨鳩山氏總論二二五頁、穂積氏總論二四四頁、石田氏總論一七九頁、山下氏總論一七七頁、近藤氏總則二五一頁)。但規定なきの理由を以て始期附債権は其期限の到来まで停止條件附債権は條件の成就迄其辨済を爲すこ

とを要せずと爲す説(川名氏總論一二六頁)あり。

(註二) 殘餘財産中より辨済を請求したる債権者數人あり、而も殘餘財産が右債権全部を完済するに不足なる場合に於ても亦民法第八一條第一項に則り破産の宣告を申請すべきものと解すべし(破産法一二八條參照)。唯此場合に於ては債権が殘餘財産の範圍内に於てのみ請求權を有するものなるを以て同條第三項の適用なきは勿論なりとす(同趣旨鳩山氏總論二二六頁、近藤氏總則二五五頁)。

(註三) 但此任務の終了は破産財團に關する事項に付てのみの終了を意味し、清算人としての全職務の終了を意味するものに非ず(同趣旨鳩山氏總論二二六頁、大正四年二月一六日大判民錄二一輯一四五頁、大正九年五月二九日大判民錄二六輯七九六頁)。

殘餘財産の引渡

d 清算人は法人の債務を完済したる後殘餘財産あるときは之を歸屬權利者に引渡さざるべからず(註一)。

殘餘財産とは法人の債務完済後殘存する動産不動産債權其他の所謂積極財産を云ふ。清算は殘餘財産を歸屬權利者に引渡すことに因りて終了し茲に初めて法人は消滅するに至る。何人が歸屬權利者なるかは定款又は寄附行為に依り定まる。定款又は寄附行為を以て歸屬權利者を指定せず又は之を指定する方法を定めざりしときは理事は主務官廳の許可を得又社團法人に在りては尙總會の決議を経たる上其法人の目的に類似せる目的の爲に其財産を處分することを得。例へば解散したる學校の殘餘財産を他の學校又は教育資金に寄附するが如き是れなり。而して定款又は寄附行為に歸屬權利者を定むることなく又理事も其處分を爲さざる場合に於ては財産は國庫に歸屬するものとす(七二條)(註二)(註三)。

殘餘財産に關する權利は何時歸屬權利者之を取得するやに付ては學說岐る。或は殘餘財産あること確定したる

時に於て當然歸屬權利者に移轉するものにして、清算人は唯其引渡を爲すの義務あるのみなりと爲す説あれども(註四)、寧ろ歸屬權利者は解散したる法人に對して其殘餘財産を移轉せしむべき請求權を有するものにして、清算人が殘餘財産を歸屬權利者に移轉すべき法人の債務を履行し引渡を爲すに因りて始めて殘餘財産が歸屬權利者に移轉するものと爲すを正當とすべし(註五)。

清算人は叙上a乃至dの職務を行ふ爲め必要なる一切の行為を爲すことを得(七八條二項)。例へば必要に應じ總會を招集し訴訟を提起し或は辨済期未到來の債權又は取立困難なる債權を賣却に因り換價する等は是れなり。

(註一) 清算人は法人の債務完済前殘餘財産の歸屬權利者に殘餘財産として法人の財産の一部を移轉し且其引渡を爲すことを得るや否。民法には商法第九五條(清算人ハ會社ノ債務ヲ辨済シタル後ニ非サレハ會社財産ヲ社員ニ分配スルコトヲ得ス)の如き規定なきを以て疑問を生ずと雖、民法第八一條第三項の規定の趣旨に徴すれば殘餘財産の存すべきこと明白なる場合に於ては債務完済前と雖歸屬權利者に之が移轉を爲すことを妨げざるものと解するを相當とす(同趣旨川名氏總論一二六頁、近藤氏總則二五一頁)。

菅原氏は清算人が法人の財産を以て債務を完済するに餘りありと信ずるときは債務完済前と雖歸屬權利者に殘餘財産として法人の財産の一部を移轉し且其引渡を爲すを妨げざるものとせらる(同氏民法論一卷三四四頁)。中島氏亦同趣旨(同氏釋義一卷三四七頁)。

(註二) 民法第七二條に所謂理事に付ては或は法人解散後に於ては理事なる機關存在せざるを以て茲に理事と云ふは清算人を意味すと爲し(菅原氏民法論一卷三四三頁)、或は法文に明なるが如く理事が法人の目的に類似せる目的の爲めに殘餘財産の處分を爲すことを得るものにして清算人には斯る權限なきものなるを以て此處分は法人の解散前に於て之を

爲すべきものなりと爲し(川名氏總論一六頁)(同趣旨廣濱氏序說一六頁)、或は本條の立法趣旨に徴し解散後と雖相當の期間内は尙理事たりし者に於て其處分方法を定め得るものと解すべしと爲す說(近藤氏總則二四一頁)あり。

(註三) 殘餘財産國庫歸屬の法律上の性質如何。獨逸民法は之を法定相続と爲し(獨逸民法四六條)、又我民法上の解釋としては或は無主の不動産の國庫歸屬の法則に従へるものと爲す說あれども(民法理由書第七一條の部參照)、國庫が法人の殘餘財産を取得するは右の何れにも屬せず、畢竟民法第七二條第三項の特別規定に依るものと解するを正當とす(同趣旨中島氏釋義一卷三五頁、菅原氏民法論一卷三四三頁)。

(註四) 中島氏釋義一卷三三三頁三三六頁三四六頁、岩田氏總論一八九頁。

(註五) 同趣旨菅原氏民法論一卷三四四頁、穗積氏總論二四五頁、三浦氏總則二二七頁、松岡氏總則三二七頁、川名氏總論一二七頁、山下氏總則一八一頁、小池氏總論一九二頁、近藤氏總則二四二頁。

清算後の職務

清算人は清算が終了したるときは之を主務官廳に届出でざるべからず(八三條)。

清算中に於ける法人の監督

4 清算中に於ける法人の監督
法人は其解散に因り直に其權利能力を失ふものに非ずして清算の終了に因り茲に初めて其權利能力を失ひ消滅するに至るものなることは既に述べたるが如し。而して法人は其解散に至るまでは主務官廳の監督に屬するも(六七條)、解散後清算中に於ける法人は主務官廳の監督を離れ裁判所の監督に屬するものとす(註)。從て裁判所は何時にても職權を以て其監督に必要なる検査を爲すことを得べく(八二條)、又清算に付き重要なる事由あるときは利害關係人又は檢事の請求に因り又は職權を以て清算人を解任することを得るなり(七六條)。

(註) 蓋し解散後は法人は最早其目的たる業務の遂行を爲すに非ず、唯清算の目的の範圍内に於てのみ存続するものに過ぎず。而も清算の目的は主として債權債務の關係を處理するに在るを以て主として私益に關す。從て私益保護機關たる裁判所をして之が監督を爲さしむるを相當と認めたるに因るなり。

第四 自然人生死の證明及法人の成立
變更消滅の公示

自然人生死の證明

第一自然人生死の證明
一總說

自然人の出生死亡は其權利能力の發生消滅を來すことは既に述べたるが如し。而して此出生死亡は自然人の權利能力の發生消滅を來すの外他人の法律關係にも影響を及ぼすことある重大なる事實なるを以て、我國に於ては戶籍の制を設け一定の届出義務者をして出生死亡の届出を爲さしめ戶籍簿に登録することと爲せり(戶籍法六九條乃至八〇條一六條乃至二三條參照)(註)。而して自然人の出生死亡なる事實を前提として或法律效果の發生又は消滅を主張する者は其生死の事實及其日時を立證せざるべからざるを以て、此届出に基く戶籍簿の記載に因り生死の事實及其日時を證明し得べし。然れども戶籍簿は公正證書なるを以て其記載は固より有力なる證據となるも、絶對的證據力を有するものに非ざるのみならず唯一の證據たるには非ざるを以て、當事者は諸種の事實に依りて人の生死及其日時を證明することを得べく、又反證を擧げて戶籍簿の記載に反する事實を證明することを得べし。

人の生存及死亡の推定

(註) 戸籍は正副二本を設け正本は之を市役所又は町村役場に備へ副本は監督區裁判所之を保存す(戸籍法一一條)。
二人の生存及死亡の推定

人の生存及死亡に付ては法律上の推定を設けたる立法例尠からず。例へば一定の年齢に達せざる者の生存及一定の年齢を超えたる者の死亡を推定し(普漏西法)(註)、或は同一の危険に遭遇して死亡したる數人は同時に死亡したるものと推定する等(獨逸民法二〇條、瑞西民法三二條)の如き是れなり。然れども我民法は此點に付き何等の規定を設けず。故に人の生死の事實及日時は總て各場合に於て決すべき事實問題なりとす。

(註) 普漏西國法は人の生存年齢を滿七十年と推定せり(同法第一部第三章二條)。

第二法人の設立變更消滅の公示

法人の設立變更消滅の公示

一總説

法人は其成立變更消滅其組織等苟も他人が其法人との取引上知らんと欲する事項を公簿に登録することを必要とす。是れ恰も自然人に戸籍の制あると同一なり。其公簿は法人の事務所所在地の區裁判所又は其出張所に備付けらるる法人登記簿是れなり(非訟事件手續法一一七條一一九條)。

民法は登記欠缺の場合に於て次に述ぶる如き實體法上の不利益を與ふる外、登記義務を負ふ理事監事清算人等が登記を怠るときは一定の過料に處し(八四條一號)、以て登記を強制せり(註)。

(註) 理事監事又は清算人數人ある場合に於ける此等理事監事又は清算人が第八四條の規定に依り負擔する責任は各別に於て連帶に非ず。而して過料は罰金科料の如く刑罰に非ずして私法上の強制罰なり。故に違反者が法規の要求に従ふ迄は何回にても過料を繰返し得べく又一旦法規違反ありたる時は假令處罰前に違反を改むるも處罰することを妨げず。尙

過料は刑罰に非ざるを以て過料の處分には刑法總則の併合罪累犯に關する規定の適用なく又刑法の時効未遂罪共犯等の規定の適用なし。

過料の處分に關する手續に付ては非訟事件手續法第二〇六條乃至第二〇八條に規定あり。

設立登記

一設立登記

法人は其成立を公示する爲め設立登記を爲さざるべからず。法人は設立許可に因りて成立するも其主たる事務所所在地に於て設立登記を爲す迄は法人の設立即ち自然人の出生に當る事實を他人に對して主張することを得ず。換言すれば設立登記を爲す迄は法人の權利能力の成立を以て他人に對抗し得ざるものとす。設立登記とは法人を設立したることの登記なり。法人は其設立の日より二週間に各事務所所在地に於て登記を爲すことを要す(四五條一項)。從て法人は其設立を登記するの義務を負ふものにして、此義務を履行すべきものは法人の理事にして、理事全員の申請に因りて登記を爲すべきものとす(非訟事件手續法一一〇條參照)。而して右二週間の期間は法人の登記を有効とするに必要なる期間に非ずして、此期間經過後と雖有効に登記を爲すことを得るものとす。唯此場合には理事が登記を怠りたる理由に依り過料に處せらる。尙右二週間の登記期間は主務官廳の許可書が設立者に到達したる時より起算するものにして(四七條)、其登記すべき事項は民法第四六條に列記せり。即ち(一)目的、(二)名稱、(三)事務所、(四)設立許可の年月日、(五)存立時期を定めたるときは其時期、(六)資産の總額、(七)出資の方法を定めたるときは其方法、(八)理事の氏名住所是れなり。設立登記は法人設立の要件に非ず。唯他人に法人の存在を知らしむるの目的に出づるものにして即ち公示方法たるに過ぎず。民法は其第四五條第二項に於て「法人ノ設立ハ其主タル事務所ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ

他人ニ對抗スルコトヲ得ス」と規定し之を明にせり。他人に對抗することを得ずとの意義に付ては之を解して法人の設立者以外の者に對しては法人設立の效力を生ぜざるものと爲し(註一)、或は他人より否認することを得との義なりと爲す説あれども(註二)、通説は法人は他人に對し法人の設立を主張することを得ざるも他人よりは法人の設立ありたることを主張し得るものと爲すなり(註三)。

(註一) 川名氏總論九七頁。

(註二) 暁道氏要論一卷二一七頁。

(註三) 「他人」の意義に付ては學說岐る。或は法人以外の者を指稱すと爲し(註a)、或は法人の設立に干與したる者以外の者を云ふと爲すなり(註b)。法文は第三者と云はず他人と云へるを以て文理解釋を根據とせば前説を正當と爲すべきが如しと雖、登記を以て公示方法と爲したる立法の趣旨より考察するときは後説を以て正當と爲さざるべからず。從て法人の設立者及其設立を許可したる主務官廳の如きは茲に所謂他人には屬せざることと爲るなり。

(註a) 富井氏原論一卷二四六頁、岡松氏理由總則九四頁。

(註b) 中島氏釋義一卷二七八頁、穗積氏總論二一三頁、鳩山氏總論一七三頁、我妻氏總則二四五頁、小池氏總論一四七頁、山下氏總則一八三頁、嘉山氏總則一三五頁。

變更登記

三變更登記

變更登記とは設立登記を爲したる事項中に變更を生じたるときに爲す登記にして、此場合には一週間に其登記を爲すことを要す(四六條二項)。例へば舊事務所を廢し新事務所を設置する場合の如き是れなり。而して法人の事務所の移轉の場合には舊所在地に於ては一週間に移轉の登記を爲し、新所在地に於ては同期間内に第四

六條第一項第一號乃至第八號の事項を登記することを要し、又同一の登記所の管轄區域内に於て事務所を移轉したるときは其移轉のみの登記を爲すことを要するものとす(四八條)。又法人設立後に於て新に事務所を設けたる場合に於ては別に登記事項に變更を生じたるものに非ずと雖、又一週間に登記を爲すことを必要とす(四五條三項)。而して以上孰れの場合に於ても登記を爲すべき一週間の期間は登記事由の生じたる時を標準として之を起算すべきものなるも、登記すべき事項にして官廳の許可を要するものは其許可書の到達したる時より之を起算すべきものとす(四七條)。尙此變更登記を爲すべき義務を履行すべきものは法人の理事にして、理事の缺けたる場合に於ては假理事の申請に因りて此登記を爲すべきものとす(非訟事件手續法一一一條參照)。變更登記に付ても登記前に在りては其變更を以て他人に對抗することを得ざるものとす(四六條二項)。

解散其他の登記及届出

四解散其他の登記及届出

法人が解散するときは解散の登記を爲し又之を主務官廳に届出づることを要す。登記を申請し又主務官廳に届出づべき者は清算人なりとす(非訟事件手續法一二二條參照)。即ち民法第七七條第一項は清算人は破産の場合を除く外解散後一週間に其氏名住所及解散の原因年月日の登記を爲し、孰れの場合に於ても之を主務官廳に届出づることを要する旨を規定せり。但破産に因りて法人が解散したる場合を除くは蓋し破産の場合に於ては別に破産法の規定に依らしめんが爲めなり(註)。尙清算中に清算人の交迭あるときは新に就職したる清算人が就職後一週間に其氏名住所の登記を爲し、且之を主務官廳に届出づることを要するものとす(七七條二項)。

(註) 法人に對して破産の宣告ありたる場合に於ては裁判所は職權を以て遅滞なく囑託書に破産決定書の謄本を添附して破産の登記を各營業所又は各事務所の所在地の登記所に囑託することを要し、登記所は此囑託に依り遅滞なく其登記を爲

外國法人の登記

五 外國法人の登記

すことを要す(破産法一一九條一二二條)。主務官廳に届出を爲すべき者は破産の場合には清算人なきを以て之に相當する破産管財人に於て其届出を爲すべきものと解せざるべからず(同趣旨菅原氏民法論一卷三四八頁)。

日本に於て成立を認許せられたる外國法人が日本に事務所を設けずして取引を爲す場合には勿論日本に於て登記を爲さしむる程の必要之れなしと雖、日本に事務所を設け取引を爲す以上は内國法人と少しも異なる所なきを以て、取引の安全を期するが爲め之を一般に公示せしむるを必要とす。故に此場合に於ては内國法人の登記に關する第四五條第三項第四六條及第四八條の規定は外國法人にも適用せらるるなり。但外國に於て生じたる事項に付ては其通知の到達したる時より登記の期間を起算すべきものとす(四九條一項)。

外國法人が初めて日本に事務所を設けたるときは其事務所の所在地に於て登記を爲す迄は他人は其法人の成立を否認することを得べし(四九條二項)。即ち外國法人は内國法人と異なり登記せざるも他人に對し其成立は效力あるものにして、他人が其成立を否認することに因り初めて其他人に對する關係に於て法人は成立せざることと爲るものとす。

六 登記事項の公告

以上登記を爲したる事項は裁判所に於て遲滞なく之を公示することを要す(民法施行法二四條)。

第二節 權利の客體又は目的

第一項 總 說

意義

一 權利の客體又は目的の意義

權利は法律上の特定利益享受の爲に法律が吾人に認めたる法律上の力なり。即ち權利の外形は法律上の力にして、權利の内容は法律上の特定利益なりとす。而して人類は總て其生存發達に適應する事物を享受せんことを欲するものにして、此人類の生存發達に適應する事物を生活貨物又は貨物と云ひ、人類が此生活貨物を享受せんと欲することに因り此生活貨物と人類との間に生ずる關係を利益と稱すること既に述べたる所の如し。然れば權利の内容たる特定利益は特定の生活貨物に付き存するものにして、此特定利益の存する生活貨物を權利の客體、權利の目的 (Objekt) 又は權利の物體 (Gegenstand) と稱す(註一a)(註一b)。故に債權の客體たる特定利益の存する生活貨物は債務者の作爲又は不作爲にして、此生活貨物たる債務者の作爲又は不作爲に付き存する特定利益即ち債權の内容は、此債務者の作爲又は不作爲を請求し該行爲を爲さしむるに在り。又物權の客體は特定の有體物にして、物權の内容は其物に付き存する特定利益即ち直接に其物を支配することに在り。私權の客體、目的又は物體なる語は人に依りて種種なる意味に用ひらる。或は私權の目的なる語と區別し、私權の要素なる法律上の力を對抗さるる人格者を指す意味に使用し(註二)、或は私權の目的なる語を既に述べたる私權の内容と同意義に使用す(註三)(註四)。

(註一a) 同趣旨菅原氏民法論一卷三六二頁。

齊藤氏は、私權の客體とは權利者に依りて直接の支配を受くるものを云ふと主張せらる(同氏總則講義六九頁)。

(註一b) 民法は客體なる語を使用することなく目的なる語を使用す(一六九條一七九條三四三條三五六條三六二條乃至三六七條一項三六九條二項三七〇條三九九條四〇〇條四〇二條一項三項四〇六條四一〇條四一四條四二八條四八三條等)。

(註一) 穂積氏總論八六頁(同氏は權利の客體とは權利の内容たる法律上の力を對抗する人格者を云ふ、即ち義務者なりと主張せらる)、三浦氏總論二〇七頁、中島氏釋義一卷四五頁三卷一一頁。江木氏は、權利は一の意思力なりと爲し(同氏總論五〇頁)權利の客體は即ち義務の主體なりと主張せらる(同上五七頁)。

(註二) 土方氏權利の目的新報一五卷三號一頁以下、富井氏原論一卷三一九頁、鳩山氏總論二三六頁、石田氏總論一八五頁、三浦氏總論二〇七頁、小池氏總論一九四頁、松岡氏總論三三七頁。

(註三) 我妻氏は總ての權利は一定の社會的利益を以て其内容若は目的と爲す、例へば物權に在りては一定の物を直接排他的に支配すること債權にありては特定の人より特定の行爲を要求することが其内容若は目的なり、而して此内容若は目的の成立する爲に必要な一定の對象を權利の客體と云ふ、即ち物權に在りては一定の物債權に在りては特定の人が其客體なりと主張せられ(同氏總論三一二頁)、大谷氏は權利の客體とは權利の向けられたる對象を云ふと爲し、物權に於ては物債權に於ては債務者なりと主張せらる。尙同氏は内容なる語を既に述べたる目的なる語と同一視せらる(同氏總論一三頁一五頁一四四頁)。

權利の目的

二權利の目的

權利の目的と權利の目的物とは之を區別せざるべからず。權利の目的客體は既に説明したる如く權利の内容たる利益の存する生活貨物即ち權利の内容の要件を爲す物體を指稱するものなり。而して目的物は更に此權利の客體目的の物體を爲すものを云ひ、例へば債權に付て云へば債務者の行爲即ち給付は債權の目的にして其給付すべき物は即ち債權の目的物なるが如し(三六七條二項四項四〇一條四〇二條等參照)。然れども我民法上此目的なる語と目的物なる語との使用一定せず、例へば民法第三〇四條、第三四四條等に所謂目的物は權利の目的客體

たる物を指稱し、又民法第四〇二條第二項、第四一九條第四二二條等に所謂目的は給付すべき物又は權利即ち目的物を指稱す(註一)(註二)。

(註一) 物權に付き目的物と云へば物權の目的即ち客體たる物の意にして、目的客體と物とは同格なるも、債權に付き目的物と云へば債權の目的客體たる物と云ふ意に非ずして債權の目的客體即ち債務者の行爲(給付)の物體を指稱し、目的客體と物とは同格に非ず、從て同じく目的物と云ふも物權と債權に付ては其觀念を異にするものとす。

(註二) 目的又は目的物なる語は或は權利其ものに附著せずして權利の發生原因に繋がることあり。法律行爲又は契約の目的或は目的物と云ふが如きは是れなり(民法九〇條五三四條五五一條五五二條等の目的、民法五三三條一項五六六條一項等の目的物)。法律行爲又は契約の目的は或權利の發生變更消滅等法律効果を發生せしむるに在り。從て權利の目的と異なるは自ら明なり。然れども法律行爲又は契約の目的物と云ふは權利の目的物と異なる所なし。尙民法は目的なる語を法律行爲の當事者が達せんと欲したる目的(Notendzweck)の意義に於て使用することあり。例へば第五四二條第五六六條等の如し。

客體又は目的の種類

三權利の客體又は目的の種類

權利の客體又は目的には有體のものあり、無體のものあり。有體のものの中には人及人以外のものあり。人以外のものは即ち有體物なり。無體のものの中には智能的作物、他人の行爲權利、聚合物、商號等枚擧に追あらず。

(1) 物は私權の客體として最も普通のものにして此有體物を客體とするものは物權なり。
(2) 權利が客體たるものは準占有權(二〇五條)、權利質權(三六二條乃至三六八條)、地上權若は永小作權を目的とする抵當權(三六九條二項)の如き權利上の權利是れなり(本書一卷三二四頁參照)。

智能的作物
聚合物

(3) 智能的作物 (Geistesprodukt) 例へば學問上又は技術上の發明等が客體たるものは無體財産權なり。

(4) 所謂聚合物 (物又は權利の集合) が客體たるものは鑛業抵當權、工場抵當權等の如き是れなり (註一) (註二) (註三) (註四)。

(註一) 鑛業抵當權は鑛業權、地上權、土地、工作物、機械、車輛、牛馬等を一括したる鑛業財團上に存するなり (鑛業抵當法參照)。其他鐵道抵當法工場抵當法軌道の抵當に關する法律に於て各其事業に屬せる財産を一括して之を一の物と看做し、或は不動産と看做し、其上に所有權又は抵當權の存在を認む。是れ蓋し實際の便宜に基きたるものなり。

(註二) 中島氏は、鐵道抵當法に於ては (同法二條) 鐵道財産は之を一箇の物と看做すとあれども、其旨意は鐵道財産が一物となり一所有權の目的となると云ふに非ず、只抵當に關して其各物が同一の目的に處分せられ同一法規定の支配に服す可きが故に各物に付き抵當權設定の手續を省略せんが爲めの規定にして、其性質上は其各物の上に抵當權設定せらるるものと解するを得べし、此の如きは獨り鐵道抵當のみならず倉庫内の各種の動産を一括して質に供するが如き場合には常に行はるるものにして、其性質は各動産上に質權設定せらるるものと解するを正しとす、故に集合物の觀念を認むべき必要は未だ之を發見せず、と主張せらる (同氏釋義一卷三六九頁)。

(註三) 財産の一團又は所謂集合物が一の權利の客體と爲り得るや否に付ては議論あり。消極説を以て通説と爲せども (註a)、狹義の相續權に付ては相續財産を客體と爲し其上に一の相續權存すと爲すを通説とす (註b)。然れども此點に付ては或は相續財産を組成せる各箇の財産權を離れて一の相續權なるものの存在を認むることを得ず、相續回復の請求權なるものは單一の請求權に非ずして寧ろ相續財産を組成せる各箇財産より生ずる請求權の集合なりと爲す説あり (註c)。而して積極説は財産を組成せる各箇の財産權以外に其財産全體又は所謂集合物の上に更に又一の權利の存在を認め財産は一の權利の客體たり得べしと爲すなり (註d)。

(註a) 川名氏相續回復の請求權法協二五卷一五七四頁は事實上の聚合物及法律上の聚合物上に一個の物權の成立することを許さずと主張せらる。

松本氏は財産權の集合たる財産は他の權利の客體と爲り得ずと主張せらる (同氏總括的意義に於ける財産志林一三卷一二號一九頁以下)。

藤道氏要論一卷二六九頁亦財産を單一體と看做す特別の明文ある場合 (財團抵當に關する法律參照) を除く外は財産が單一體として物權の物體を爲すものと解すること能はずと主張せらる。

(註b) 穂積氏總論九五頁 (同氏は狹義の相續權の目的は相續に因りて被相續人より相續人に移轉したる包括的權利義務なりと主張せらる)、石田氏總論一八六頁。

(註c) 松本氏註釋民法五七頁、川名氏相續回復の請求權法協二五卷一五七二頁一七四七頁以下、松本氏總括的意義に於ける財産志林一三卷一二號二〇頁。

(註d) Gierke, Privatrecht Bt. I § 104

行爲

(5) 他人の行爲 (作爲又は不作爲) が客體たるものは債權及其他の請求權是れなり (註)。民法は債權の客體を表はす語として目的なる語を用ゆ (一六九條三九九條四〇〇條四〇二條一項三項四〇六條四一〇條等)。

債權の目的は債權の内容を構成する債務者の行爲にして此債務者の行爲を給付 (Leistung) と稱す。

(註) 行爲は人と取離して考へ得ざるを以て債權の目的は債務者其人なりと説くことを得べしと爲す説あり (三濱氏總則 (舊版) 二三四頁)。或は又債權に付て債權者の需要を充たすべき對象は債務者其人なるが故に債權の客體は債務者なりと爲す説あり (鳩山氏總論二二七頁)。

人

(6) 人が客體たるものは親權者及後見人の監護教育權及懲戒權(八七九條八八二條九二一條)の如き是れなり。

人が權利の客體と爲り得るや否に付ては從來爭あり。或は人は權利の主體にして客體には非ず、若し他人を權利の客體と爲し得るものとせば是れ奴隸制度の復活にして許すべからずと爲し、或は自己が權利の主體たると同時に他人の權利の客體たることは矛盾の觀念に非ず、特に或特定の關係に於て他人の權利の支配下に立つことは毫も人格者たる資格を傷くるものに非ずと爲せり(註一)(註二)。

(註一) 岩田氏總論一九七頁。

(註二) 三浦氏は親權は子たる身分の上に存在し之を以て其目的とするものなりと雖、身分は其人と分離して之を考ふることは能はざるが故に、親權の目的は子なりと稱するも過言に非ずと主張せらる(同氏親權を行ふ嫡母の居所指定權監護教育權の性質監護教育權侵害者に對する親權者の權利(判例批評)法協三六卷一四一三頁)。

人格的貨物

(7) 人格的貨物例へば名譽信用自由生命氏名等を客體と爲すものは人格權なり(註二)。

從來人格權は自己を客體とする權利なりとの學說ありたりと雖、其非なることは既に述べたり(本書二卷二八九頁參照)(註二)。

人格權は客體なき權利なりと爲す説あり。其説く所は、權利の客體は權利發生の原體と爲りたるものにして且權利の效力を受くるものならざるべからず、人格權及形成權は自己を原體とするものなれども權利の效力を受くべきもの存せず、自己は自己の所有物を使用するも自己の身體を使用し得ず、動くは自己自身にして自己の權利が自己を動かすものに非ず、故に自己を客體とする權利なるものは概念上存在し得ず、人格權形成權は自己に就て存する權利にして從て客體なき權利なりと見るを正當とす、と云ふに在り(註三)。

(註一) 石田氏は人格權は人格の維持によりて利益を享受するものなるを以て生命身體自由名譽等の人格的利益が人格權の客體なりと説かる(同氏總論一八六頁)。

(註二) 三浦氏は生命權身體權等の目的は權利者其人なりと説かる(同氏總論二〇八頁、同氏監護教育權侵害者に對する親權者の權利(判例批評)法協三六卷一四一三頁)。

(註三) 岩田氏總論一九八頁。

法律上の效力

(8) 法律上の效力(法律關係又は權利關係の創設變更消滅)を客體と爲すものは形成權なり(註一)(註二)。

(註一) 同題旨遊佐氏概論總則五六頁。

(註二) 形成權は客體なき權利なりと爲す説あり(前掲岩田氏總論一九八頁、松本氏註釋民法七四頁)、中島氏は取消權に於ける法律行爲解除權に於ける契約等權利者の力の及ぶべき物體が可能權の客體なりと主張せらる(同氏釋義一卷五四頁)。

第二項物

第一目總說

意義

一物の意義

物(Sache)とは通俗の意義に於ては一切の事物を指稱し、其有體たるを無體たるを區別することなしと雖、我民法は其範圍を制限し「本法ニ於テ物トハ有體物ヲ謂フ」と規定せり(八五條)。從て我民法上無體物は物に非ず。吾人の思考上に於てのみ存在するもの即ち權利義務の如きは物に非ず。然れば我民法上物とは一定の空間

第二編 第三章 權利及義務 第五款 權利の主體及客體(目的)

を占領して存在する外界の事物にして私権の客體たり得べき物、即ち人の支配力の範圍内に屬し一箇體として社會的價値を有するものを云ふなり(註)。

(註) 本來物なる語は必ずしも有體物に限るに非ず。無形の事物も亦物と稱することを得べし。故に羅馬法及佛蘭西法系の民法に於ては物を有體物及無體物に別ち無形の事物も亦物として之を認めたり(佛蘭西民法五一六條、舊民法財産編六條參照)。然れども無體物の觀念を認むるときは債權其他の財産權も亦物と稱することと爲り、此等權利を客體とする所有權を認むべきことと爲り、物權債權の區別を紊る結果を生じ、私權と其客體とを混同するに至るを以て、我民法は獨逸民法と同じく無體物なる觀念を採用せざりしなり(獨逸民法九〇條參照)。

1 外界の事物に非ざれば物に非ず

茲に外界の事物とは人間以外の事物なり。生活せる人間の身體は物に非ず。蓋し現今の法律思想上生活せる人間の身體を所有權其他の物權の客體と爲すことは之を認め得ざるを以てなり(註一)。又人工的に身體に附著せしめたる物例へば義齒、義手足、義眼の如き物と雖身體の一部と認むべき程度に於て附著せしめたる場合に於ては物に非ず(註二)。然れども人間の身體より分離せる身體の一部例へば身體より分離せる毛髮又は齒の如きは物なり(註三)。屍體が物なりや否に付ては議論の存する所にして、或は(一)屍體は物に非ずと爲し(註四)、或は(二)本來物に非ざるも之を解剖の爲め解剖所に引渡したるときに物と爲ると爲し(註五)、或は(三)屍體は物にして相續人の所有に屬するものなりと爲し(註六)、或は(四)屍體は物にして喪主たるべき人に屬するものと爲し(註七)、或は(五)之を無主物なりと爲す(註八)なり。我民法には此等の點に付き何等の規定を設けずと雖、屍體は物にして所有權の客體又は目的と爲り得べく、而も該所有權は相續人に屬するものと解するを正

事物は外界の事物たるを要す

當とす(註九)(註一〇)。

(註一) 人の生體は物なりとの説あり。即ち民法第八五條に於て有體物は總て物なりと云ふのみにして有體たることの外に何等の要素をも必要とせざるを以て一切の事物中有體のものは總て民法上の物なり、從て人の體軀と雖有體たるの要素を具備する以上は民法上の物たること當然の解釋なりと爲すなり(二上氏體軀權の存否及性質法協二一卷一七八三頁)。

(註二) 同趣旨鳩山氏總論二四一頁。

穂積氏は身體を人工的に補充せる部分が身體に附著する程度によりて身體の一部なるか物なるかを區別する外なしと主張せられ(同氏總論二五二頁)、菅原氏は分離の著しく困難なる場合には人體の構成部分にして物に非ずと雖容易に分離し得る場合には物なりと主張せらる(同氏民法論一卷三六九頁)。

(註三) 身體の一部を分離する契約又は他人をして自己の身體の一部を分離せしむる契約が公の秩序又は善良の風俗に反する場合に於ては無効なりと雖、然らざる場合に於ては有效なりとす(註a)。故に例へば理髮を爲さしむる契約又は手術を爲さしむる契約の如きは有效なり(註b)。

身體より分離せる物の所有權は分離以前に屬したる人に屬するものと解せざるべからず。蓋し一物が數箇の物に分離したるときは其分離物は分離に因りて當然其元物の所有者に屬することを原則とするものなるを以て、身體より分離せる物に付て尙更其身體の屬する人の所有に歸するものと解すべきは事理の當然なればなり(註c)。但無主物となり先占せらるることを得るものと爲す説あり(註d)。

(註a) 同趣旨鳩山氏總論二四二頁、我妻氏總則三一六頁。

石田氏は身體の一部を分離する契約(例へば輸血契約授乳契約)又は他人をして身體の一部を分離せしむる契約(例

へば理髮を爲さしむる契約手術を爲さしむる契約)の如きも生活體としての人の肉體の完全性を害せざる限り有效なりと主張せらる(同氏總論一八九頁)。

菅原氏は人體より分離すべきものに關し將來分離すべき場合に對し分離を條件として處分を約する契約は有效なるも、自ら分離すべき義務を約し又は他人の分離行為を忍容すべき義務を約する契約は善良の風俗に反するが故に無効なりと主張せらる(同氏民法論一卷三六九頁、同趣旨川名氏總論一三四頁)、嘉山氏亦身體の一部が分離したるときに之を讓渡するの契約は有效なるも分離して讓渡せんとする契約は善良の風俗に反するを以て無効なりと主張せらる(同氏總論一六四頁)。

(註b) 同趣旨鳩山氏總論二四二頁。

(註c) 同趣旨菅原氏民法論一卷三六九頁。

鳩山氏は身體の各部は其人に屬するものにして人が其身體の上に所有權を有せざるは唯生活せる身體の一部なりと云ふ故障の存在するが故に外ならざるを以て其故障の撤廢せられたるとき即ち分離して身體の一部たらざるに至りたる時に於て人が從來其身體の一部に付て有したる權利は當然所有權に變ずるものと解すべしと主張せられ(同氏總論二四二頁)、石田氏亦身體に對して有せし其人の人格權が分離によりて所有權に變形するものと解すべしと説かる(同氏總論一八八頁)。

吉田氏は從前の所屬者たる地位が分離物の所有權を吸收する性能を具備せるに依ると説かる(同氏總則一七四頁)。穂積氏は人が其身體に付て有する人格權が分離せる身體の部分に付て所有權に變形すること恰も人格發露の結果として無體財產權を生じ人格侵害の結果として損害賠償請求權を生ずると同様なりと説かる(同氏總論二五二頁)。小池氏亦同趣旨(同氏總論一九七頁)。

(註a) 遊佐氏概論總則一七〇頁。

(註四) 屍體は物に非ずと爲す者は、其屍體の處分權に關し或は相続人が屍體に付き或處分を爲し得るは死者の人格權が屍體に付き殘存するが故なりと爲し(註a)、或は相続人は屍體に付き制限せられたる處分權を有するに過ぎずと爲し(註b)、或は相続人は埋葬の權利義務を有するのみにして此權利は所有權に非ず一般人に對抗し得べき一種特別の對世權なりと爲し(註c)、或は死者は尙或範圍の法人格者にして屍體は死者自身の人格權の目的なり、遺族殊に喪主は埋葬供養以外の目的の爲に屍體の管理又は處分を爲すことを得ず、而も埋葬供養の權利義務は慣習法上所謂喪主たる資格に於て歸屬し相続人たる資格又は埋葬費用の負擔者たる資格に於て歸屬するものに非ずと爲す(註d)なり。

(註a) Gierke, Privatrecht I. S. 35

(註b) Regelsberger, Pandekten I. § 110

(註c) 中島氏釋義一卷三六六頁、同氏遺骨の性質(判例批評)論叢七卷一四一頁以下。

(註d) 近藤氏死體に就て論叢二六卷六八三頁以下。

(註五) Cosack, Lehrbuch I § 41

(註六) 嘉山氏總論一六四頁、川名氏總論一三五頁、鳩山氏總論二四二頁、三淵氏新講一五七頁、吉田氏總則一七五頁、小池氏總論一九七頁、穂積氏總論二五三頁、松岡氏總則三四九頁。

(註七) 我妻氏總則三一七頁。同氏は屍體は物にして其上に所有權の成立することは妨げざるも、唯其所有權は第一に慣習法によりて喪主たるべき人に屬し、第二に其内容は普通の所有權の如く使用收益處分を爲すことに存せず、専ら埋葬祭祀供養を爲す權能と義務とを内容とする特殊のものと考えざるべからずと主張せらる。

(註八) 遊佐氏概論總則一七〇頁。

屍體を無主物と爲す者は或は之を先占を許さざる無主物なりと爲し(註a)、或は公の秩序善良の風俗に反せざる限り先占を許すべき無主物なりと爲すなり(註b)。

(註a) Enneccerus, Lehrbuch I 2 114; Biernann, Bürgerliches Recht I 2 124

嘩道氏は死體が本人の生前に於て有効に處分せられたるときは其處分が效力を生じたるときより死體は物となり、實に或特定人の所有權の物體たり得るのみならず取引能力あるものとなるべし、反之此の如き有效なる處分なきに於ては死體は先占を許さざる無主物にして、之に關しては只埋葬の爲にする事實上の處分を爲し得るに過ぎざるものとすと主張せらる(同氏要論一卷二六二頁)。

(註b) 市村氏生體及死體に對する私權京法五卷一一〇一頁以下。

(註九) 通説なり。唯相続人の所有に屬する理由に付ては學說岐る。或は(一)屍體は相続財産として相続人の所有に屬するものなりと爲し(註a)、或は(二)屍體は被相続人の財産に屬せしものに非ざるを以て相続財産に非ず、相続人は慣習法上其所有權を取得するものなりと爲し(註b)、或は(三)其理由を慣習法又は條理に索むる外なしと爲し(註c)、或は(四)相続と同時に生じたる屍體の所有權を相続人に屬せしむる明規はなけれども、之を相続人に屬せしむることは正に相続法の精神に適合するものなりと爲す(註d)なり。

屍體の處置に關する本人の遺言其他の法律行為は、其内容が公の秩序善良の風俗に反する場合に於ては無効なりと雖然らざる場合に於ては有效なりと解すべし。故に例へば屍體を解剖に附すべき遺言の如きは原則として有效なりと云はざるべからず(註e)。尤も此點に付ては異説ありて、屍體は相続人の所有に歸するも其歸屬原因は相続に非ざるを以て死亡者が生前に遺骸の處分に付て爲したる契約又は遺言は假令公の秩序善良の風俗に反せざるときと雖相続人に對して法律上の拘束力なきものと解すべしと爲すなり(註f)。

相続人は屍體に付き所有權を有すれども特殊の處分例へば埋葬葬禮解剖等の外は善良の風俗に反するを以て之を爲すことを得ず(註g)。

(註a) 川名氏總論一三五頁、山下氏總則一九五頁、嘉山氏總論一六四頁。

川名氏は相続財産は相続を原因として相続人に歸したる權利を總稱するものにして、一旦被相続人に該權利が屬し居たるものなることを必要とするものに非ざるを以て、屍體は相続財産として相続人の所有に屬すと説かれ、山下氏は生體は物なり、故に死體は死亡によりて發生するものに非ず、被相続人の相続財産を構成す、生前に於ては被相続人は其身體上に身體權を有し所有權は之を有せざりしも、其所有權を有することを認めざりしは生體なるが故に特別の取扱を爲す必要ありたるが爲なり、物に非ざりしが爲に非ず、從て死亡に因り特別の取扱を爲すべき理由を失ふに於ては生前の身體權は死體所有權と云ふ形に於て同一性を保持し存続するものなりと説かる。

(註b) 菅原氏民法論一卷三七〇頁、鳩山氏總論二四三頁、小池氏總論一九七頁、中村氏日本民法三七頁。

三浦氏は屍體が被相続人の財産に屬することと相続人の所有物と見るべきや否やとは別問題なりと爲し、屍體は慣習上相続人の所有物と見るの外なしと考ふと説かる(同氏總則二一三頁)。

菅原氏は屍體の所有權は非財産權たる所有權なりと主張せらる(同氏民法論一卷三七〇頁)。

(註c) 穂積氏總論二五三頁。

(註d) 吉田氏總則一七五頁。

三淵氏は相続を原因として相続人の有に歸するものなる限り敢て被相続人の生前に有せしものならざるべからずと云ふ理由なし、假令被相続人の生前有せざりしものと雖相続人が相続に因りて所有權を取得することは毫も妨げなしと主張せらる(同氏新講一五七頁)。

(註e) 同趣旨鳩山氏總論二四三頁、嘉山氏總論一六四頁、川名氏總論一四〇頁、藤道氏要論一卷二六二頁、市村氏生體及死體に關する私權京法五卷一一〇五頁。

(註f) 穂積氏總論二五三頁。

(註g) 同趣旨嘉山氏總論一六四頁。

此點に關し市村氏は死體の所有權を取得せる遺族は公の秩序善良の風俗に反せざる範圍に於て其死體を處分する權利へば學術上の目的の爲に解剖せしむることを得るものとせられ、解剖に付ては明治十六年六月内務省が神奈川縣の何出に對して爲せる指令に於て「書面何ノ趣本人ノ請願又ハ遺族者ノ承諾ニヨリ全體ト忠部トヲ問ハス解剖聞届不苦義ト可相心得候事」と云へるを引用せらる(同氏生體及死體に對する私權京法五卷一一〇七頁)。

川名氏は死體は死者の相続人の所有に屬するも相続人は學問上の目的の爲なると否とを問はず、償又は無償に死體を處分することを得ず、其處分は善良の風俗に反するが故なりと主張せられ(同氏總論一四〇頁)、藤道氏亦相続人其他の者は死體に付き法律上の處分を爲すことを得ざるものとすと説かる(同氏要論一卷二六二頁)。

(註10) 遺産相続の場合に於て相続人數名ある場合には死體は其數名の相続人の共有となるものなりや。此點に付き穂積氏は此場合に於ても家督相続の場合に準じて相続人の一人例へば喪主たるべき者が死體の所有權を取得するものと解すべきかと説かる(同氏總論二五三頁)。蓋し相當なり。我妻氏は屍體は總て喪主たるべき一人一人に歸屬すと主張せらる(同氏總則三一七頁)。

物は有體物たることを要す

2 一定の空間を占領して存在するもの即ち有體物に非ざれば物に非ず
故に光、熱、音響、臭氣、電氣等の如きは假令吾人の五感に觸るるものなりと雖一定の空間を占領して存在するものに非ざるを以て物に非ず(註)。

物は人の支配力の範圍内に屬するものたるを要す

3 人の支配力の範圍内に屬せざるものは物に非ず
人の支配力の範圍内に屬せざるもの即ち私權の客體(目的)たり得ざるものは法律上の物に非ざるを以て民法に所謂物に非ず。例へば日月星辰、地球、大氣、太陽等の如し。

物は一箇體として社會的價值あるものたるを要す

4 一箇體として社會的價值を認められざるものは物に非ず
假令一定の空間を占領して存在するものと雖一箇體として社會的價值を認められざるものは物に非ず。故に粟又は砂の一粒酒の一滴の如きは物に非ず。蓋し此等粟砂酒等の如き物は其一粒又は一滴を一箇の物として私權の客體と爲し、例へば一升の粟に付き無數の所有權が存在するものと認むるには非ず。取引上に於ては此等のもの或分量を一物と認め(之を堆積物と稱す)私權の客體たり得るものと爲すなり。故に一物なりや數物なりやを決するには物理上の性質に依るに非ずして一般取引觀念即ち社會觀念に依りて之を定むべきものなり。土地は登記簿上一筆として登記せられたるときは一箇の土地と爲るなり(註)。

(註) 登記簿に於て一用紙を與へられたる土地を一筆の土地と稱す。

液體又は氣體に屬する物の箇數

二液體又は氣體に屬する物の箇數

未登記の土地に付き獨立の一體を爲すや否に付ては社會觀念上並當事者の定むる所に依るの外なし(同趣旨藤道氏要論一卷二五九頁)。

物は其固體なると液體氣體なるとを問はずと雖、其液體又は氣體なる場合に於ては之を容るる器に依りて物たるの存在を有し(註一)、其容器に依りて其箇數を決すべきものとす。此場合に於ては必ずしも其容器と其容器中の液體又は氣體が合して一箇の物と爲るものに非ずして各別箇の物たるを失はず(註二)。蓋し取引上各箇別別に其價値を有することあるを以てなり(註三)。

(註一) 同趣旨嘉山氏總論一六五頁、川名氏總論一三三頁、曄道氏要論一卷二六〇頁、石田氏總論一八九頁。

(註二) 同趣旨川名氏總論一三三頁。

(註三) 一箇の容器中に在る液體と雖例へば水と油の如く兩者互に分離し得る状態に在る場合に於ては依然として水と油の二物にして水と油が合して一物と爲るものに非ざるなり(同趣旨嘉山氏總論一六五頁)。

第二目物の種類

第一 單一物、組成物及聚合物

組成物又は合成物 (Zusammengesetzte Sache) とは數箇の物より組成せらるる物を云ひ、單一物又は單成物 (Einfache Sache) とは數箇の物より組成せらるるに非ずして獨立の一物を爲す物を云ふ。時計家屋の如きは前者に屬し、牛馬木石の如きは後者に屬す。聚合物 (Nachgesamtheit) とは獨立せる數箇の單一物又は組成物が共同の目的の爲に經濟上恰も單一物の如く取扱はるる物を云ふ。例へば圖書館内の書籍牧場に於ける群畜店舗の商品の如きは是れなり。

聚合物は一物なりや否に付ては議論ありて、或は之を以て一物なりと爲せども(註一)、聚合物は一物に非ずして數箇の物なりと解すべきものとす(註二)。即ち例へば圖書館内の書籍は法律上一箇の物として之に付き一箇

の所有權存在するものに非ず、各書籍は各一箇の物として各一箇宛の所有權存するなり(註三)。一足の下駄又は足袋一對の箸又は火箸一組の骨牌又は將棋の駒の如きは聚合物に非ず。此等の物は法律上全部が相合することによりて一箇の物を爲すなり。従て片足の下駄又は足袋一本の箸又は火箸一枚の骨牌等は孰れも夫夫下駄足袋箸火箸又は骨牌の組成部分なりとす。

(註一) 我妻氏總則三一八頁(同氏は通説は集合物は一物に非ざるが故に其上に一物權の成立せざるものとなす、然し私は集合體が獨立の一體として經濟的價値を有し一括して取引の客體とせらるる場合には猶ほ之を一物と見るべきものと解す、蓋しかかる場合には集合物其ものの上の排他的支配が可能なるを以てなり、而してかかる集合物を構成する箇々の物は集合物の構成部分たる關係に於ては集合物其ものの法律的變動に従ひ箇々の物としての獨立性を有する關係に於ては獨立の法律的變動に従ふと云ふ二面性を有するものと解すと主張せらる)。

邊佐氏概論總則一七二頁、同氏原理一一〇頁(同氏は商店の荷物圖書館の圖書牧場の群羊の如きは一括して取扱はれ又は取引せらるる場合には獨立性を有することとなりて民法上一箇の物なりとすと主張せらる)。

(註二) 同趣旨嘉山氏總論一六七頁、川名氏總論一三七頁、石田氏總論一九一頁、三淵氏新講一五五頁、岡松氏理由總則一四五頁、中島氏釋義一卷三六九頁、齋藤氏總則一二六頁。

(註三) 法律は特殊の經濟的價値ある財團を包括的一體として權利の客體と爲すことあり。例へば工場財團(工場抵當法一四條)、鑛業財團(鑛業抵當法一條三條)、鐵道財團(鐵道抵當法二條)、軌道財團(軌道抵當法一條)等の如きは是れなり。此等の財團は之を法律上の聚合物と稱することを得べし。而して此等法律上の聚合物は法律上恰も單一物の如く取扱はるるなり(註a)。

(註a.) 石田氏は右の財團を一俵の米一足の靴と同様堆積物の一種に屬するものとせらる(同氏總論二〇二頁)。

第二 可分物及不可分物

可分物 (Teilbare Sache) とは分割するも其性質を變ぜず又著しく價值を減ぜざる物を云ひ、分割に因り其本來の性質を變ずるか又は著しく價值を減ずる物を不可分物 (Unteilbare Sache) と云ふ。穀物酒油土地の如きは前者に屬し、一頭の牛馬一脚の机椅子及寶石の如きは後者に屬す(註)。

可分物及不可分物の區別は共有物の分割方法(二五八條)及多數當事者の債權(四二八條乃至四三一條)に付き實益あり。

第三 融通物及不融通物

意義

一 融通物及不融通物の意義

融通物 (Verkehrsfähige Sache) とは私權の客體(目的)と爲り且取引の客體(目的)と爲り得る物を云ひ、不融通物 (Verkehrsunfähige Sache) とは私權の客體と爲ることを得れども取引の客體と爲り得ざる物を云ふ(註一)。

廣く不融通物と云へば私權の客體と爲り得ること即ち權利能力を有するも取引能力を缺くものと、權利能力なく從て取引能力も亦之れなきものとの二種類ありと云ふことを得れども、後者は私權の客體と爲り得ざるものなるを以て所謂物に非すと云はざるべからず(註二)(註三)。

(註一) 私權の客體と爲り得ることを物の權利能力 (Rechtsfähigkeit der sache) と云ひ、取引の客體と爲り得ることを物

の取引能力 (Verkehrsfähigkeit der sache) と稱す。

(註二) 同題旨菅原氏民法論一卷三三四頁、鳩山氏總論二四八頁。

(註三) 峠道氏は法律行為に因る物の處分禁止は債權的效力を有するに過ぎずして物權的效力を生ずることなきが故に法律行為に因る處分禁止あるも物は權利能力に制限を受くることなきを原則とす、反之處分禁止が法律の規定に基くものなるときは處分が禁ぜらるる範圍に於て物は其權利能力に制限を受くるものとす、蓋し法律の處分禁止に反する處分は絶対に無効なればなりと爲し、取引の物體たることを得ずと云ふ物の無能力は物が私權の物體たる能力を缺き若は制限せらるるの結果に過ぎず、從て所謂融通無能力と云ふは畢竟するに權利無能力に外ならず、故に不融通物は融通又は取引能力を缺くと云ふよりも寧ろ權利能力を缺き又は制限せらるると云ふを可とすと説かる(同氏要論一卷二八四頁二八六頁)。

不融通物の種類

二 不融通物の種類
權利能力なく從て取引能力も亦之れなき物は民法上の物に非ざれども、茲には此等をも包含せしめたる廣き意味に於ける不融通物の種類に付き説明すべし。

公用物 (Sachen im Gemeingebrauch)

公用物とは公共の用に供せらるる物を云ふ。例へば道路公川橋梁公園等の如し。公用物は國家又は公法人の所有に屬するを最も普通なりとすれども、私人の所有に屬することも妨げず。其國家又は公法人の所有に屬するときは公用物にして同時に公有物なりとす(註)。

(註) 道路の如きは假令公用物なるも其敷地所有權の移轉及抵當權の設定移轉を妨げざるを以て(道路法六條參照)公用なる

公法上の制限附の儘にて取引の客體と爲り得るものとす(同趣旨石田氏總論二〇〇頁、鳩山氏總論二五〇頁、三瀨氏民法第七十七條の適用私人の所有に屬する公用物の處分(判例批評)法協三七卷九一九頁、大正七年二月一九日大判民錄二四輯二三四二頁、齊藤氏總則一二二頁)。

禁制物

2 禁制物(Verbotene Sache)

禁制物とは法令の規定に依り取引を禁止せられたる物を云ふ。取引と共に其所有又は所持をも禁止されたる物なると否とは之を問はず。例へば獸疫に罹りたる家畜(獸疫豫防法一條乃至六條參照)、阿片煙(刑法一四〇條)、偽造又は模造の通貨(刑法一四八條乃至一五三條、通貨及證券模造取締法參照)及猥褻の文書圖畫(刑法一七五條參照)等の如き是れなり。華族世襲財産に屬する物(華族世襲財産法一六條一八條參照)、特別保護建造物及國寶に屬する物(古社寺保存法五條)等の如きも亦不融通物と云ふことを得べし。

公有物

3 公有物(Res publicae)

公有物とは國家其他の公法人の所有に屬する物を云ひ、其私用に供せらるるものと公用に供せらるるものととの二種あり。前者は例へば國有林野公企業用品國家其他の公法人に屬する金錢有價證券等の如き是れにして、之を財政財産又は收益財産(Finanzvermögen)と稱す。而して此私用に供せらるる公有物に關する法律關係は私人の所有する物に於けると異なる所なく從て不融通物に非ず。之に反し後者は不融通物にして之を行政財産(Verwaltungsvermögen)と稱す。更に之を二種に區別することを得べく、一は直接に國家又は公法人の公用にのみ供せらるる物例へば官公廳舍兵營要塞軍艦砲臺等にして、他は一般公衆の用に供せらるる物例へば公川公道公園橋梁水道下水等の如き是れなり。孰れも公用の廢止せらるるまでは融通性を有せず(註)。

公共物

4 公共物(Res communes omnium)

(註) 吉田氏は一私人の所有物と雖公の目的に使用せらるる間は公有物と同視し之を不融通物と解するを相當とすと主張せらる(同氏總則一七七頁、同氏公用私有物の融通性新報三四卷一〇號一三四頁)。

公共物とは何人も之を使用し得るも何人の支配にも屬せざる物を云ふ。例へば大氣海洋の如き是れなり。從て公共物は私權の客體たることを得ず。故に又取引能力を有することなく民法に所謂物に非ず(註)。

(註) 獨占漁場として認許されたる海面は私權の客體となり得るものとす(同趣旨穗積氏總論二五六頁、鳩山氏總論二四九頁、齊藤氏總則一二〇頁)。

第四 特定物及不特定物

特定物(Bestimmte Sache)とは當事者の意思を以て特に指定したる物を云ひ、不特定物(Unbestimmte Sache)とは當事者が唯種類及數量のみを以て指定したる物を云ふ。即ち此區別は物の性質に因る區別に非ずして當事者の意思に因る區別なりとす。此書籍此家屋と云ふが如きは前者に屬し、米一俵酒一升と云ふが如きは後者に屬す。

特定物及不特定物の區別の實益は債權編の規定に於て顯著なりとす(四〇〇條四〇一條四八三條四八四條五三四條五三五條等參照)。

第五 代替物及不代替物

代替物(Vertretbare Sache)とは他の同種類及同數量の物を以て代へ得る物を云ひ、然らざる物を不代替物(Unvertretbare Sache)と云ふ。金錢穀物石炭石油等の如きは前者に屬し、土地家屋机椅子の如きは後者に

屬す。

代替物と不特定物不代替物と特定物とは通常相一致するを以て、此代替物及不代替物の區別を特定物及不特定物の區別と混同し兩者を同一視する學者あれども(註一)其誤れるや勿論なり。前者は取引上の性質より生ずる區別にして、後者は當事者の意思に因る區別なりとす。從て代替物と雖若し當事者が之を特定の指定したるとき、例へば此米此酒と指定したるときは、同時に特定物と爲るべく、又不代替物と雖當事者が唯種類及數量のみを以て指定したるとき、例へば椅子十脚を供給すべしと約するが如き場合に於ては、不特定物と爲るものとす(註二)(註三)。

代替物及不代替物の區別の實益は債權編の規定(五八七條六六六條)及民事訴訟法四三〇條に於て存す。

(註一) 岡松氏理由總則一四三頁以下。

(註二) 同趣旨菅原氏民法論一卷三九〇頁、吉田氏總則一七九頁、三瀨氏總則二二五頁、中島(弘)氏通論九三頁。

(註三) 岩田氏は不特定及特定は總ての權利に付きて云ひ代替不代替は唯物の返還を目的とする權利のみに付て云ふ區別なりと主張せらる(同氏總論二一〇頁)。小池氏も亦岩田氏の説を妥當なりとせらる(同氏總論二〇二頁)。

第六 消費物及非消費物

消費物(Verbrauchbare Sache)とは其物本來の用方に従ひ一回の使用を以て消盡する物を云ひ、然らざる物を非消費物(Unverbrauchbare Sache)と云ふ。茲に消盡とは物質的に消盡する場合は勿論物質的に消盡せざるも使用者に取り全く物質的に消盡したると同一の結果を生ずる場合を總稱するなり。薪炭食料品金錢の如きは前者に屬し、土地家屋机書籍の如きは後者に屬す。消費物及非消費物の區別の實益は消費貸借消費寄託(五八七條六

動産及不動産の區別

六六條)と使用貸借賃借通常の寄託(五九三條六〇一條六五七條)との區別に關して存す。

第七 動産及不動産

一 動産(Bewegliche Sache)及不動産(Unbewegliche Sache)の區別

動産不動産の區別は現行法上各所に採用せられ、其取扱上に於て種種の差違あるを以て、大に其實益を存するなり。而して此區別に付ては佛蘭西法系の民法は列記主義を採り(佛蘭西民法五一六條乃至五三〇條、舊民法財産編七條乃至一四條参照)、獨逸民法は動産不動産を區別することなく、物を土地及動産と爲し、建物立木の如き物は土地の構成部分として土地の一部と爲せり(獨逸民法九三條九四條参照)。我民法に於ては土地及其定著物を不動産とし其他の物を總て動産と爲せり(八六條)(註)。

(註) 從來諸國の民法が動産不動産を區別するに至りたる理由は次の諸點に存するなり。即ち(一)動産と不動産とは其經濟上の利用方法同じからざること、(二)動産と不動産とは性質上其位置を變更し得ると否との相異なること、(三)動産と不動産とは通常其價值に於て大差あること是れなり。又動産と不動産とに付き法律上其取扱を異にせる重なる點を擧ぐれば次の如し。(一)地上權永小作權地役權入會權及抵當權の如き物權は不動産を客體とし動産を客體とすることなし、(二)不動産に關する物權の得喪及變更は登記を以て第三者に對する對抗要件と爲すも動産に付ては登記の制度なく引渡を以て動産に關する物權の讓渡を第三者に對抗する要件と爲す(民法一七七條一七八條)。(三)先取特權及質權に付き其客體が動産なると不動産なるとに因り其規定を異にす(民法三一一條以下三二五條以下三五二條以下三五六條以下)。(四)取得時効及所謂即時取得に關し動産と不動産に付き其取扱を異にす(民法一六二條二項一六三條一九二條乃至一九五條)。(五)行爲能力及法定代理人の權限に關し動産と不動産に付き其取扱を異にす(民法一二條一四條八八六條九二九條)。

(六)裁判所の管轄強制執行の方法及競賣の方法に關し動産と不動産に付き其規定を異にす(民事訴訟法一七條六四〇條以下、競賣法三條以下二二條以下)。(七)國際私法上動産及不動産に關する法律行為に付き動産と不動産とに付き其準據法を異にす(法例三條三項)。

不動産

二 不動産

土地及其定著物は之を不動産とす(八六條一項)。

土地

1 土地

土地とは土塊を云ふに非ずして或境界せられたる地球の一部を云ふ。即ち地表及其地表より地球中人の支配力の及ぶ範圍内の地殻を包括するなり(註一)(註二)。

- (註一) 土地の意義に付ては學說岐る。或は(一)土地とは地表を云ひ其地表の所有權の効力が其上下に及ぶものなりと爲し(二〇七條參照)(註a)、或は(二)土地とは地表及其地表より地球の中心に達する地殻を云ふと爲し(註b)、或は(三)土地とは地表のみを指すに非ず地表と地球の中心とを連結せる圈内に入るべき地殻及地上の空間にして人の支配し得べき部分を含むと爲し(註c)、或は(四)土地とは地下は地球の中心に及び地上は天空の少くも空氣の存する間際全部に及ぶまでを併せ云ふと爲し(註d)、或は(五)本文の如く解するなり(註e)。然れども地表なる平面のみを以て土地と爲すときは土地は有體物とならざることと爲るべく、土地は或厚さを有することを必要とす、然れども地球の中心に達する地殻を包含するものと爲すは是れ又人の支配力の範圍内に在らざる部分迄も之を物と認むることと爲るべく、其失當なること明なり。又民法第二〇七條の規定は土地所有權の効力が地上の空間にも及ぶことを明にしたるものにして、空間をも土地の一部と爲したるものに非ざるを以て、空間をも土地の中に包含せしむる説も亦失當なりとす(註f)。
- (註a) 三浦氏註釋民法三〇頁、岩田氏總論二二頁、岡松氏總論四六頁、江木氏總則一六四頁、小池氏總論二〇四頁、早川氏物權一〇五頁。

(註b) 中島氏釋義一卷三八七頁二卷三〇六頁、長島氏總論二〇〇頁。

(註c) 菅原氏民法論一卷三八〇頁、山下氏總則二〇二頁、末弘氏債權の本質法協三一卷一五〇三頁以下、齋藤氏總則一二七頁、岡松氏總論七二頁。平沼氏及松岡氏は土地は地表地體及地上空間より成ると説かる(平沼氏總論三六三頁、松岡氏總則三五九頁)。岡松氏亦土地とは土地の表面及表面以上の空間並表面以下の土壤を包含すと説かる

(同氏理由總則一四七頁)。我妻氏は土地とは一定の範圍の地面に正當なる範圍に於て其上下(空中と地中)を包含せしめたるものを云ふと説かる(同氏總則三二七頁)。

(註d) 梅氏要義二卷一〇六頁。

(註e) 鳩山氏總論二五七頁、穂積氏總論二六二頁、石田氏總論一九四頁、吉田氏物權一〇二頁。

(註f) 三淵氏は土地は現に空間を占める有體物たる地面を意味すと主張せられ、尙ほ土地の觀念の内に力の支配の及ぶ範圍内の地上地下を含める人あるも、若し然りとせば土地の所有權は土地の上下に及ぶなる民法第二〇七條の規定は無意義と爲るべく、又土地は人力の支配し得る地下迄をも含むものにして地上は之を含まずと説く人あるも此説も亦第二〇七條の解決を單に土地の所有權は地上に及ぶと解釋せざるを得ざるに至る、故に第二〇七條の規定は其ままの意味に解釋し土地の上は土地に非ず、土地の下は土地に非ず、土地は地面なりと解釋するを正當とすと説かれ(同氏新講一六〇頁)、川名氏は土地とは或限定せられたる地表を意味す、地表と云ふも唯地上の目に映ずる部分のみを云ふに非ず、或一定の深さを有する部分を云ふ、地表の上に存する空間及地下に存する土壤の部分土地の一部には非ず、其以外に存す、然れども民法第二〇七條に依り土地の所有權の効力は法令の制限内に於て其上下の部分に及ぶものなりと主張せらるるも(同氏東京帝國法科大學明治四一年度民法總則講義)、孰れも地面又は地表と云ふに止まり其厚さ又は深さの範圍程度を定むる標準を示されざるを以て土地に付ての正確なる意義を示したるものと云ふことを得ず。